

Das Bundesverfassungsgericht und Art. 1 Abs. 1 GG.

Dissertation
vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz

von

Peter Baumüller,
Richter beim Verwaltungsgericht

Mainz 1974

Das Bundesverfassungsgericht
und Art. 1 Abs. 1 GG.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554426_0037

Das Bundesverfassungsgericht und Art. 1 Abs. 1 GG.

Dissertation
vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz

von

Peter Baumüller,
Richter beim Verwaltungsgericht

Mainz 1974

Das Bundesverfassungsgesetz
und Art. 1 Abs. 1 GG.

Verfassen
Verfassen des Bundesverfassungsgesetzes
und Art. 1 Abs. 1 GG.



Erstgutachter: Prof. Dr. P. Schneider
Zweitgutachter: Prof. Dr. H. Armbruster
Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 1974

Herrn Prof. Dr. Peter Schneider

INHALTSÜBERSICHT

Seite

Schrifttumsverzeichnis	III
------------------------------	-----

1. Hauptteil: Kritische Analyse der Äußerungen des B VfG zum Grundsatz der Menschenwürde.

I. Die Ausgangsüberlegung	1
II. Skizze der modernen Industriegesellschaft	4
a) Entwicklungen im ökonomischen Sektor	4
1.) Das Industriesystem als gesamtgesell- schaftlicher Faktor	4
2.) Wachstum als Ziel des Industriesystems .	11
3.) Notwendigkeit einer Kooperation von Staat und Wirtschaft	13
b) Auswirkungen dieser Entwicklungen auf die Gesellschaft	25
c) Der Menschentyp, den der ökonomische Sektor braucht	27
III. Die Bedeutung des Art. 1 Abs. 1 GG nach dem Bundesverfassungsgericht	32
a) Die Aussagen des Gerichts über den Stellen- wert der Menschenwürde im System des Grundge- setzes	35
b) Die "Nur-Zwei-Beziehungslehre" des Gerichts zu Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG	44
c) Die Notwendigkeit einer einheitlichen Formel	64
IV. Der Schutz der Menschenwürde außerhalb des Art. 1 Abs. 1 GG	69
a) Das rechtsstaatlich-gewaltengliedernde In- strumentarium des Grundgesetzes	72
1.) Die Abwertung des Instrumentariums und die Möglichkeiten einer Neubesinnung ...	72
2.) Ein Zwischenergebnis	116
b) Die Grundrechte	118
1.) Die Verhältnismäßigkeit	123
2.) Das Willkürverbot	141

	Seite
V. Zusammenfassung: Das BVfG und die Sozial- wissenschaften	147
2. Hauptteil: Tiefenpsychologie und die Würde des Men- schen	150
I. Der Mensch und die Angst	151
a) Das Ich-Selbst	152
b) Die Angst als Signal der Ich-Selbst-Gefähr- dung	156
c) Ursprung bedrohlicher Erlebnisse	158
1.) Das Verhältnis des Ich-Selbst zur Außen- welt als Quelle der Angst	158
2.) Das Verhältnis des Ich-Selbst zum Trieb- leben als Quelle der Angst	161
II. Der Umkreis der Angst	165
III. Niveauerhöhung des Ich-Selbst als Mittel der Angstabwehr	169
IV. Das "reife" Ich-Selbst als Forderung des Art. 1 Abs. 1 GG.	171
V. Einige Gedanken dazu, wie die so verstandene Menschenwürde in der Rechtsprechung zur Geltung gebracht werden kann	174
Exkurs: Umriß einer Theorie grundrechtlicher Leistungsansprüche	183
Schluß	197

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- | | |
|------------------------------------|---|
| Achinger, Hans | Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik, Hamburg, 1958. |
| Armbruster, Hubert | Gutachten zur Verwaltungsreform im Lande Rheinland-Pfalz, Mainz, 1966. |
| Arndt, Adolf | Buchbesprechung: Die Gleichheit vor dem Gesetz (Verf.: Leibholz, s. u.) in: NJW 1961, 2153 f. |
| Bachof, Otto | Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: VVDStRL Bd. 12, 8 ff. |
| Badura, Peter | Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Frankfurt, 1971. |
| Bally, Raymond | Einführung in die Psychoanalyse Sigmund Freuds, Hamburg, 1962. |
| Baran, Paul | Zur politischen Ökonomie der geplanten Wirtschaft, Frankfurt, 1968. |
| Bernsdorf, Wilhelm,
Herausgeber | Wörterbuch der Soziologie, 2. Aufl., Stuttgart, 1969 (zitiert: Bernsdorf) |
| Bernstein, Basil | Sozio-Kulturelle Determinanten des Lernens, in: Weinert, 346 ff. |
| Bloch, Ernst | Karl Marx und die Menschlichkeit, Hamburg 1969. |
| Böckenförde, Ernst-Wolfgang | Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28, 3 ff. |
| Bonner Kommentar (BGG) | Kommentar zum BGG in Loseblattform (bearbeitet von Dennewitz und anderen) Hamburg, 1955 ff. (zitiert: BGG). |
| Bräutigam, Walter | Reaktionen, Neurosen, Psychopathien, 2. Aufl. Stuttgart, 1969. |
| Brocher, Tobias | Tiefenpsychologie und Soziologie, (in: Bernsdorf) 1152 ff. |
| Brown, James | Psychologie der industriellen Leistung, Hamburg, 1956. |
| Cohen, Albert | Kriminelle Jugend, Hamburg, 1961. |
| Däubler, Wolfgang | Grundrecht auf Leben und medizinische Versorgung, NJW 72, 1105 ff. |
| Drews, Bill - Wacke, Gerhard | Allgemeines Polizeirecht, Berlin-Köln-München-Bonn, 1961 |

- Eisermann, Gottfried,
Herausgeber Wissenssoziologie, Die Lehre von
der Gesellschaft - Ein Lehrbuch
der Soziologie - Stuttgart, 1969
(zitiert: Eisermann).
- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Allgemeiner Teil, 1. Halbband,
15. Aufl., Tübingen, 1959.
- Erikson, Erik Identifikation und Identität,
in: Jugend in der modernen Gesell-
schaft, Köln-Berlin, 1967
- Fangmann, Helmut Staatliche Wirtschaftsplanung und
Staatsrechtsideologie, KJ 72, 1 ff.
- Fechner-Schneider Nochmals: Verfassungswidrigkeit und
Rechtsmißbrauch im Aktienrecht (S.
43 ff.), Tübingen, 1962.
- Feshbach, Seymour Die triebreduzierende Funktion des
Phantasieverhaltens, in: Texte aus
der experimentellen Sozialpsycholo-
gie, Herausgeber: Irle, Martin u.a.,
Neuwied und Berlin, 1969 (zitiert:
Irle).
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.
Band, Allgemeiner Teil, 9. Aufl.,
München - Berlin, 1966.
- Freud, Sigmund Drei Abhandlungen zur Sexualtheorie,
Frankfurt/Main - Hamburg, 1961.
- v. Friedeburg, Ludwig,
Herausgeber Jugend in der modernen Gesellschaft,
Köln - Berlin, 1967.
- Galbraith, John K. Die moderne Industriegesellschaft,
Deutsche Ausgabe: 1968, München -
Zürich.
- Gallwas, Hans-Ullrich Faktische Beeinträchtigungen im Be-
reich der Grundrechte, Berlin, 1970.
- Gehlen, Arnold Die Seele im technischen Zeitalter,
Hamburg, 1957.
- Gentz, Manfred Zur Verhältnismäßigkeit von Grund-
rechtseingriffen, in: NJW 1968,
1600 ff.
- Glum, Friedrich Das parlamentarische Regierungssyste
in Deutschland, Großbritannien und
Frankreich, 2. Aufl., München -
Berlin, 1965.
- Gurvitch, Georges Grundzüge der Soziologie des Rechts
Neuwied, 1960.

- Krüger, Herbert Allgemeine Staatslehre, Stuttgart, 1964.
- ders. Die verfassungsrechtliche Beurteilung wirtschaftspolitischer Entscheidungen, DöV 71, 289 ff.
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, München - Berlin, 1963.
- Leibholz, Gerhard Die Gleichheit vor dem Gesetz, München - Berlin, 1959.
- Leibholz, Gerhard -
Rinck, H.-J. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 4. Aufl., Köln, 1971.
- Leisner, Walter Antigeschichtlichkeit des öffentlichen Rechts ?, "Staat", 1968, 137 ff.
- Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht, Köln - Berlin - München - Bonn, 1961.
- Luhmann, Niklas Grundrechte als Institution, Berlin, 1965.
- Maihofer, Werner Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt, 1968.
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Berlin - Frankfurt, 1957
- Marcuse, Herbert u. a. Aggression und Anpassung in der Industriegesellschaft, Frankfurt, 1969.
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht, München - Berlin, 1966.
- Maunz-Dürig-Herzog Kommentar zum Grundgesetz, München - Berlin, seit 1958.
- Mayntz, Renate Soziologie der Organisation, Hamburg, 1963.
- Mead, George-Herbert Sozialpsychologie, Neuwied - Berlin, 1969.
- Michel, Gerhard -
Stich, Rudolf Funktionsgerechte Verwaltung im Wandel der Industriegesellschaft, ZBR 69 270 ff.
- Mitscherlich, Alexander Aggression und Anpassung in der modernen Industriegesellschaft, in: Marcuse, 8 ff.
- Mitscherlich Alexander und
Margarete Die Unfähigkeit zu trauern, München, 1968.

- Mletzko, Klaus Der wirtschaftliche System- und Fortschrittsvergleich, Jur. Diss., Mainz, 1968.
- Müller-Dietz, Heinz Verfassung und Strafvollzugsgesetz, NJW 72, 1161 ff.
- Müller, Philippe Berufswahl in der rationalisierten Arbeitswelt, Hamburg, 1961.
- Nipperdey, Hans-Carl Die Würde des Menschen, in: Neumann - Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band, Berlin 1954.
- Oppermann, Thomas Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung ?, JZ 71, 301.
- Ossenbühl, Fritz Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DöV 72, 25 ff.
- Packard, Vance Die große Verschwendung, Frankfurt, 1964.
- Parsons, Talcott Jugend im Gefüge der amerikanischen Gesellschaft, in: v. Friedeburg, 131 ff.
- ders. Recht und soziale Kontrolle, in: Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Herausgeber: Ernst Hirsch und Manfred Rehbinder, Köln - Opladen, 1967 (zitiert: Recht).
- Pfister, Oskar Das Christentum und die Angst, Zürich, 1944.
- Popitz, Heinrich Die Ungleichheit der Chance im Zugang zur höheren Schulbildung, in: v. Friedeburg, 392 ff.
- Raether, Joachim Das Prinzip des Rechtsstaates in der Rechtsprechung des BVfG, Jur. Diss., Hamburg, 1967.
- Rasehorn, Theo Von der Klassenjustiz zum Ende der Justiz, Kritische Justiz, 1969, 273 ff.
- Rauschnig, Dietrich Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht, Bad Homburg v. d. H. - Berlin - Zürich, 1969.
- Redeker, Konrad Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung, NJW 72, 409 ff.
- Redeker, Konrad -
v. Oertzen, Hans-Joachim Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz, 1969.

- Reichert, Ernst Die neue Gesellschaft in Ost und West, Gütersloh, 1966.
- Reinermann, Heinrich Zur Eignung von Planning - Programming - Budgeting für die längerfristige Aufgabenplanung und für interministerielle Koordination, DVBl. 72 101 ff.
- Riesman, David Die einsame Masse, Hamburg, 1958.
- Rottleuthner, Hubert Klassenjustiz ?, Kritische Justiz 1969, 1 ff.
- Rupp, Hans Heinrich Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen, 1965 (zit.: Grundfragen).
- ders. Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes, JZ 71, 401 ff (zit.: Umweltschutz).
- Rüthers, Bernd Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen, 1968.
- ders. Institutionelles Denken im Wandel der Verfassungsepochen, Bad Homburg v.d. Berlin - Zürich, 1970.
- Saenger, Michael Filmfreiheit und Filmkunst und das Problem staatlicher und gesellschaftlicher Kontrolle, Mainzer Dissertation, 1971.
- Sarnoff-Zimbardo Angst, Furcht und soziale Gesellung, in: Texte aus der experimentellen Sozialpsychologie, 133 ff., Herausgeber: Irle, Martin u.a., Neuwied und Berlin, 1969.
- Schachtschabel, Hans G. Automation in Wirtschaft und Gesellschaft, Hamburg, 1961.
- Scheuner, Ulrich Die Pressefreiheit, VVDStRL. 22, 45 ff.
- ders. Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, AöR 95, 353 ff.
- Schneider, Peter Recht und Macht, Mainz, 1970.
- ders. Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Recht und Macht, 61 ff.
- ders. Demokratie und Justiz, in: Recht und Macht, 153 ff., (zitiert: Demokratie und Justiz).

- Schneider, Peter Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: Recht und Macht, 171 ff. (zitiert: Gewaltenteilung).
- ders. Amt und Mandat, Rechtsgutachten (unter Mitarbeit von Manfred Hinz und Manfred Schumacher), Mühlheim am Main, 1968 (zitiert: Amt und Mandat).
- ders. In dubio pro libertate, in: Recht und Macht, 238 ff.
- ders. Rechtsgutachten zur Frage der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 GG, insbesondere zur Stellung der Presse im Strafverfahren, Sonderdruck, ohne Jahresangabe (zitiert: Rechtsgutachten).
- ders. Über das Verbot des Einzelpersonengesetzes, in: Finanz- und Geldpolitik im Umbruch, Festschrift für Robert Nöll von der Nahmer, Mainz, 1969, 85 ff. (zitiert: Einzelpersonengesetz).
- ders. Die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1964, Beiheft Nr. 40, 77 ff.
- Schubach, Hans Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Allgemeinen Gleichheitssatz, Jur. Diss., Münster, 1964.
- Schwabe, Jürgen Krankenversorgung und Verfassungsrecht, NJW 69, 2274 ff.
- Servan-Schreiber, Jean-Jacques Ciel et Terre, Paris, 1970.
- Stein, Ekkehart Lehrbuch des Staatsrechts, Tübingen, 1968.
- Steinbuch, Karl Falsch programmiert, Stuttgart, 1968.
- Tenbruck, Friedrich Moderne Jugend als soziale Gruppe, in: v. Friedeburg.
- Thomae, Hans Einführung in die Motivation menschlichen Handelns, Köln - Berlin, 1969.
- Tomandl, Theodor Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, Tübingen, 1967.
- Tudyka, Kurt Ökonomische Dimensionen auswärtiger Beziehungen, in: Atomzeitalter, 1968, 339 ff.

- v. Uexküll-Kriszat Streifzüge durch die Umwelten von Tieren und Menschen, Hamburg, 1956.
- Ule, Carl-Hermann Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat; in: Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, 10 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer - Stuttgart, 1967.
- Weber, Werner Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart, 1958.
- Weinert, Franz Pädagogische Psychologie, Köln - Berlin, 1967.
- Winckelmann, Johannes Idealtypus, in: Bernsdorf, 438 ff.
- Wittig, Peter Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, in: DöV 68, 817 ff.
- Wolff, Hans-J. Verwaltungsrecht, Band I, 7. Aufl., München, 1968.
- Zeidler, Wolfgang Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, DöV 72, 437 ff.
- Zivier, Ernst Der Wesensgehalt der Grundrechte, Jur. Diss., Mainz, 1960.

1. Hauptteil:

Kritische Analyse der Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz der Menschenwürde

I. Die Ausgangsüberlegung:

Gesellschaftsanalytiker und -kritiker lehren derzeit, daß der Mensch in der modernen Industriegesellschaft an einer Wegscheide stehe. Daß er den Weg der Humanisierung wählen könne oder den, der ihn degradiert zu einem Objekt, das manipuliert wird im Dienste fremder, d. h. vor allem ökonomischer Interessen ¹⁾.

Die Bundesrepublik Deutschland ist eine dieser modernen Industriegesellschaften, deren charakteristische Struktur darzustellen sein wird. In ihr scheint es die erwähnte Alternative nicht zu geben, da sie gemäß Art. 1 Abs. 1 GG auf Schutz und Achtung der Menschenwürde festgelegt ist. Es könnte allerdings sein, daß das nichts oder nur wenig nützt. Denn eine Norm wird wirksam durch die Köpfe derer, die sie anwenden. Auf die Vorstellungen, die diese mit "der Menschenwürde", einem zugegebenermaßen nicht eben präzisen Begriff, verbinden, kommt es deshalb entscheidend an. Die Arbeit von Rüthers, auf deren Gehalt eingegangen werden muß, macht diese Annahme stringent. Sie kann zusammengefaßt werden in dem Satz, daß Rechtsanwendung weniger von den Normen als "von der sozial, politisch und weltanschaulich fundierten Wertgrundlage der Gesamtordnung" abhängt ²⁾, der Gesamtordnung also, von der die Gesamtrechtsordnung nur ein Teil ist. Die "Wertgrundlage" setzt sich durch über das Vorverständnis des Rechtsanwenders und ist, was ihre materiale Füllung, ihren Inhalt anbelangt, nach allen Seiten offen, folglich insbesondere den ökonomischen Interessen und durch sie bedingten Richtigkeitsvorstellungen "ausgeliefert". Denn die Industriegesellschaft hat ihren Namen, weil in ihr die Bedeutung der Wirtschaft für die Gesellschaft insgesamt prägend ist, d. h. aber, daß die Einflüsse, Vorstellungen, Wünsche, Bedürfnisse des ökonomischen Sektors sich in alle Lebensbereiche hinein auswirken. Demzufolge kann Gurvitch konstatieren ³⁾: "In den Typen der bürgerlichen Gesellschaft

1) Vgl. etwa Galbraith, 439; Mitscherlich, Die Unfähigkeit zu trauern, 297; Schachtschabel, 152; Steinbuch, 157.

2) Rüthers, 437.

3) Gurvitch, 213.

und der modernen Gesellschaft ist es unbestreitbar die Wirtschaft, die sich rascher bewegt als das Recht, das sich in Verzug befindet und in seinen Umwandlungen stark von der Wirtschaft beeinflusst wird." Einen ähnlichen, nur minder großen Rückstand gegenüber der Wirtschaft ist der allgemeinen "Wertungsgrundlage" zuzuerkennen, die sich schon deshalb zwischen "der" Wirtschaft und dem Recht befinden muß, weil das Recht auf sie zurückwirkt ⁴⁾. Gerade diese Rückwirkung erhellt, warum die oben genannte Alternative tatsächlich besteht. Hätte nämlich die marxistische Theorie recht, gäbe es nur einen Weg, den der Enthumanisierung auf Grund der unentrinnbaren Durchsetzungskraft des ökonomischen Sektors. Mit einer solchen Betrachtungsweise würde aber verkannt, daß alle sozialen Relationen Interdependenzverhältnisse sind ⁵⁾. Mögen dabei auch die Einflußnahmen in der einen Richtung stärker sein als in der anderen ⁶⁾, so deutet Interdependenz doch definitionsgemäß auf beiderseitigen Einfluß hin, womit sichtbar wird, daß die Entscheidung der Gesellschaft für den einen Weg leichter fallen kann als die für den anderen. Möglich jedoch sind dann beide ⁷⁾.

Die Alternative: Humanisierung, die als Forderung des Art. 1 Abs. 1 GG zu bezeichnen ist, wird in letzter Instanz vom Grundgesetz, bzw., entsprechend der Rütherschen Erkenntnis, vom Bundesverfassungsgericht durchzusetzen oder zu unterstützen sein. Es erscheint deshalb interessant, der Frage nachzugehen, wie das Bundesverfassungsgericht dieser Aufgabe nachgekommen ist, und ob von ihm tatsächlich etwas im Sinne

4) Vgl. Pareto, zitiert bei Eisermann, 510.

5) Hofstätter, Sozialpsychologie, 29 ff.

6) So ist der Satz von Gurvitch (Fußnote 3) zu verstehen.

7) Ohne "Chance" für das Recht wäre diese Arbeit sinnlos, da ihr eigentlicher Impetus ist, bei der Analyse der Rechtsprechung des BVfG, durch Kritik an ihm und durch Herausstellen seiner Leistungen Wege zu weisen, die den Einfluß des Rechts verstärken können.

der "Rückwirkung" der Verfassung auf die Wirtschaft zu erwarten ist. Wenn dabei im Folgenden von der Gefahr der Enthumanisierung gesprochen wird, so ist das zu verstehen wie: Gefahr der Nicht-Realisierung von Humanisierungschancen. Keineswegs darf aus dieser Formulierung geschlossen werden, daß die gesellschaftlichen Verhältnisse bislang der Forderung des Art. 1 Abs. 1 GG genügten. Genausowenig berechtigt die Formel, daß Art. 1 Abs. 1 GG die Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse fordere, zu dem Schluß, daß alles, was ist, dieser Forderung nicht genüge. Schneider hat diese doppelte Funktion des Art. 1 Abs. 1 GG, nämlich Forderung und Bollwerk zugleich zu sein, in der Formulierung erfaßt, daß "das Postulat der praktischen Vernunft", "daß jeder Mensch in Freiheit und in der Achtung vor der Freiheit der anderen Menschen sich selbst bestimmen solle" ⁸⁾, "Grund und Grenze der staatlichen Ordnung" sein muß ⁹⁾. Der darin zum Ausdruck kommende doppelte Aspekt des Art. 1 Abs. 1 GG darf bei den im Nachfolgenden verwandten Wendungen nicht aus dem Blick verloren werden.

8) Schneider, Die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, 89.

9) Schneider, aaO., 83.

II. Skizze der modernen Industriegesellschaft.

a) Entwicklungen im ökonomischen Sektor.

1. Das Industriesystem als gesamtgesellschaftlicher Faktor.

Die Wirtschaft in den entwickelten Staaten der Gegenwart, zu denen die Bundesrepublik Deutschland gehört, ist in hohem und immer steigendem Maße verwissenschaftlicht und technologisch kompliziert. Die unausweichliche Folge ist ein ungeheurer Kapitalbedarf.

So kostete die Entwicklung des amerikanischen Automobils Ford "Mustang" ca. 25 Millionen Dollar, die Aufwendungen für die Umstellung der Produktionsanlagen in Höhe von ca. 15 Millionen Dollar einbegriffen ¹⁾. Die Entwicklungskosten für das britisch-französische Gemeinschaftsprojekt des Flugzeuges "Concorde" betrugen, 7,7 Milliarden DM ²⁾, die des "Jumbo-Jet" 4 Milliarden DM ³⁾ und die des neuesten Datenverarbeitungssystems der Firma IBM ca. 10 Milliarden DM ⁴⁾.

Der nächste Schritt ist der Absatz der Produkte, der mehr oder minder ausgedehnte Vertriebssysteme verlangt, weltumspannende Ersatzteillager und Einrichtungen für Wartung und Reparatur. Weder Produktion noch Vertrieb können bei diesen Kosten "nach Instinkt" betrieben werden. Denn es genügt nicht, wenn nur eine gute Möglichkeit besteht, daß das Produkt abgenommen wird. Es muß vielmehr mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, daß das Produkt "ankommt". Das folgt aus der Höhe der bis zum Zeitpunkt des Produktionsbeginns bereits gemachten Aufwendungen.

1) Angaben nach Galbraith, 25, an dessen bedeutsames Werk die nachfolgende Darstellung sich anlehnt.

2) "Spiegel" 9/72, S. 68.

3) "Spiegel" 18/70, S. 222.

4) Angabe nach Steinbuch, "Spiegel" 35/69, S. 128.

Dazu bedarf es sorgfältiger Marktanalysen, wissenschaftlicher Marktforschung, trainierter Verkäufer und durchgängiger Marktbearbeitung. Es kann deshalb nicht erstaunen, daß die Industrie der Bundesrepublik Deutschland einen wachsenden Anteil am Bruttosozialprodukt für die Werbung ausgibt, einen Anteil, der regelmäßig um mehr als 10 % über den Ausgaben liegt, die von Bund, Ländern und Gemeinden zusammen für den Bau und die Unterhaltung von Schulen aufgebracht werden ⁵⁾. Marktanalysen und Werbekampagnen sind teuer. Nur kapitalkräftige Firmen können sich solche leisten.

An dieser Stelle sind deshalb auch die Produzenten von Waren in den Gedankengang einzubeziehen, deren Entwicklung nicht so teuer ist wie die der oben genannten Kraftfahrzeuge, Flugzeuge und Datenverarbeitungssysteme. Zu denken ist etwa an Firmen, die Zigaretten und Waschmittel vertreiben wollen. Diese Waren haben nur geringe Qualitätsdifferenzen, weshalb entscheidender Faktor dafür, ob sie Abnehmer finden, die Werbung ist, die regelmäßig wegen der im großen und ganzen bestehenden Einheitlichkeit der Qualitätsmerkmale nicht am Produkt, sondern an anderen Punkten, "Symbolen", ansetzt. Jedenfalls können auch hier allein kapitalkräftige Unternehmen wegen der Kosten einer Werbekampagne bestehen. Schon das befördert den Konzentrationsprozeß, mithin eine Tendenz zur Ausschaltung des Wettbewerbs.

Sie wird umso ausgeprägter sein, je höher die Kosten für die Entwicklung eines Produktes sind und je länger die Entwicklungsphase des Produktes dauert. Denn der Absatz ist nur sichergestellt, wenn z. B. ein Automobil, das heute geplant und deshalb normalerweise 4 Jahre später produktionsreif sein wird, etwa 4 Jahre später den Geschmack der potentiellen Käufer trifft. Daraus folgt die Aufgabe, den Markt zu bearbeiten mit dem Ziel, zu erreichen, daß der Geschmack der Käufer der Planung nicht "davonläuft", obgleich hinsichtlich des Stylings eines Produktes ein ge-

5) Vgl. Huffs Schmid, 106.

wisser Spielraum bis kurz vor Produktionsbeginn verbleibt. Gefährlicher ist der mögliche Einsatz neuer Technologien bei der Konkurrenz ⁶⁾. Hier lauern erhebliche Risiken für jeden Produzenten. Also muß der Wettbewerb tendenziell ausgeschaltet werden. Nur hierdurch lassen sich nämlich die vorgenannten Risiken begrenzen. Da nun kein Konzern einen anderen etwa über den Preis vom Markt zu verdrängen vermag, ohne selbst unkalkulierbare Risiken einzugehen, wird die planungsverunsichernde Konkurrenz dadurch beseitigt, daß der Wettbewerb beseitigt wird.

Nur das Unternehmen, das auf Grund seiner Marktmacht imstande ist, den Wettbewerb, zumindest tendenziell, auszuschalten, kann daher die Segnungen technologischen Fortschritts ausnützen. Und umgekehrt: Nur die Ausnützung technologischen Fortschritts ermöglicht Marktmacht. Mit hin folgt aus der Existenz moderner Technologie ein Zwang zur Konzentration in der Wirtschaft, der die Marktmächtigen immer größer werden läßt und die übrigen Unternehmen um sie herum strukturiert, als Zulieferer, Verteiler und Produzent spezieller Dinge, deren Produktion für die "Riesen" nicht lohnt.

Die Gesamtheit der "Riesen" soll im Anschluß an Galbraith ⁷⁾ als das "Industriesystem" bezeichnet werden. Nur sie sind kapitalstark genug, die wissenschaftliche Intelligenz und deren Forschungsinstrumentarium zu bezahlen. Nur sie können wirklich erfolgreich die technischen Apparaturen einsetzen. Deshalb muß Schachtschabel ⁸⁾ zugestimmt werden, wenn er meint, daß Automation die Konzentration ebenso wie die optimale Betriebsgröße steigert.

Die Anzahl der Unternehmen, die das Industriesystem ausmachen, ist begrenzt. Für die Bundesrepublik ⁹⁾ dürfte

6) Hierin scheint der eigentliche Grund für das ebenso unausrottbare wie unerfreuliche Phänomen moderner Industriegesellschaften, die Werkspionage, zu liegen.

7) Galbraith, 23.

8) Schachtschabel, 97 f.

9) Galbraith, 22, setzt diese Zahl für die Vereinigten Staaten mit ca. 500 an.

sie keineswegs über 390 liegen. Darauf deutet die Forderung der Gewerkschaften nach qualifizierter Mitbestimmung hin ¹⁰⁾. Noch weiter geht eine Studie des "Wirtschaftswissenschaftlichen Institutes" der Gewerkschaften, wonach die westdeutsche Wirtschaft entscheidend von 600 Personen abhängt, die die 130 größten Industriefirmen, Handels- und Versicherungskonzerne sowie die Großbanken lenken ¹¹⁾. Selbst wenn diese Zahlen zu niedrig angesetzt sein sollten, pointieren sie doch das bisher erreichte Maß an Konzentration.

Nur bei einem Sechstel der 5500 in der Bundesrepublik Deutschland produzierten Warengruppen hat der Käufer noch die Wahl zwischen mehr als 9 Anbietern. Und umgekehrt gibt es bei 750 Warengruppen höchstens 3 Produzenten. 1400 Unternehmen haben eine absolute Monopolstellung, wie das Bundeskartellamt ermittelte ¹²⁾.

Bei den Monopolisten handelt es sich meistens um kleinere und mittlere Unternehmen mit einer Spezialisierung, wie etwa auf Briefumschlags-Herstellungsmaschinen, hydraulische Bremsen oder Standheizungen für Kraftfahrzeuge. Sie fungieren als Zulieferer für das Industriesystem und hängen von dessen Funktionieren ab.

Das Industriesystem vermeidet dagegen, außer zur Zeit noch in der Automobilbranche, Spezialisierung. Die "Riesen" wachsen weiter durch Fusionen mit allen möglichen Produzenten, wodurch eine Unabhängigkeit von bestimmten Märkten gewonnen wird. Neben der Fusion sind es vor allem die wechselseitige Beteiligung, die Vermittlung durch das in der Bundesrepublik auch für kapitalistische Verhältnisse

10) "Frankfurter Hefte" 5/69, Sonderheft Mitbestimmung, 325 f.

11) "Spiegel" 6/72, S. 38.

12) "Spiegel" 6/72, S. 45.

einmalig mächtige Banksystem ¹³⁾ und die hierdurch ermöglichten personellen Verflechtungen über die der Konzentrationsprozeß sich entwickelt.

Danach bleibt festzuhalten, daß moderne Technologie und Vertriebsmethodik große Unternehmen begünstigt und zum Weiter-Wachsen zwingt; daß der Konzentrationsprozeß in der Bundesrepublik ein sehr hohes Maß erreicht hat; und daß wegen der Abhängigkeit der anderen wirtschaftenden Unternehmungen das Funktionieren der wenigen Mammutkonzerne das Funktionieren der gesamten Wirtschaft bedingt.

Bestand und Zustand der Gesellschaft hängen damit in entscheidendem Maße an Bestand und Zustand des Industriesystems, wie denn auch der Terminus "Industriegesellschaft" diesem Tatbestand seine Herkunft verdankt. Die Verbindung wird teilweise über das Geld vermittelt. So erwirtschaften die 100 größten Unternehmen der Bundesrepublik über 40 % des Bruttosozialproduktes (von über 700 Milliarden DM) ¹⁴⁾. Hierbei bleiben die Umsätze von Zulieferern und aus dem Vertrieb durch selbständige Unternehmen selbstverständlich außer Ansatz.

13) Nach der Konzentrations-Enquete des Deutschen Bundestages von 1964 (Drucksache IV./2320) hatten die deutschen Banken im Jahre 1961 allein auf Grund des Depotstimmrechts 60 % des gesamten börsennotierten Kapitals in ihren Händen, 70 % davon die 3 Großbanken. Vor der letzten Aktienrechtsreform saßen die Vorstände der Großbanken in 650 Aufsichtsratssesseln!

14) Huffschild, 44, in Verbindung mit Fußnote 2 auf S. 39 kommt für 1968 noch auf ca. 25 %. Doch hat der sich beschleunigende Konzentrationsprozeß diese Daten überholt. Nach den neuesten Zahlen (Max-Kruk, Die 100 größten Unternehmen, FAZ. vom 8.9.72 S. 15) ist der Umsatz der größten Hundert in den letzten 3 Jahren um 60 % (!!) auf 320 Milliarden gewachsen.

Unmittelbarer, wenn auch ohne das finanzielle Bindeglied undenkbar, sind die Interdependenzen sozio-struktureller Natur zwischen dem ökonomischen Sektor und der Gesellschaft im übrigen. So ist unverkennbar, daß die bundesrepublikanische Gesellschaft, die auf engstem Raum zusammenlebt, eines qualifizierten und personell recht stark besetzten Verwaltungsapparates bedarf. Ein Verwaltungsapparat aber setzt ein relativ hohes Produktionsniveau voraus, eine Überschußproduktion. "Erst in diesem Falle wird die Schaffung eines Verwaltungsapparates möglich, der seinerseits wiederum den Zusammenhalt einer größeren Menschengruppe zu garantieren vermag" ¹⁵⁾. Zugleich ist der Verwaltungsapparat "Ausdifferenzierung", die auf der Arbeitsteilung beruht und, Abhängigkeiten schaffend, soziale Stabilität sichert ¹⁶⁾, unabhängig von der kapitalistischen oder sozialistischen Struktur der Wirtschaft. Das verkennet Baran, der aus der Tatsache, daß der Prozentsatz unproduktiver Arbeitnehmer ¹⁷⁾ in den kapitalistischen Gesellschaften - übrigens keineswegs nur in ihnen ! ¹⁸⁾ - erheblich ansteigt, den Schluß zieht, daß der Kapitalist einen ständig ansteigenden Anteil am Werte der Produktion einbehält und verschwendet, indem er sie in aufgeblähte Verwaltungsapparate und Werbung steckt. ¹⁹⁾ Hier steckt das Problem in dem Begriff der Verschwendung. Denn unleugbar dient der abgezweigte Mehrwert einer sozialen Differenzierung und damit der Stabilität der Gesellschaft. Der Mehrwert muß also "abgezweigt" werden. Fraglich kann deshalb nur sein, in welche Richtung, zu welchem Zwecke er abgezweigt wird, wie Baran selbst anerkennt. "So ist es denn gewiß nicht überflüssig zu fragen, wie groß jener unbekannte Teil ist, und ob er seinen Weg in's Erziehungssystem, in die Städtesanierung oder in die öffentliche

15) Hofstätter, Sozialpsychologie, 104.

16) Zum Prinzip der Differenzierung: König, 31 ff; Müller, 14 ff; Parsons, in: Jugend, 136 f.

17) Die Definition des Begriffs "unproduktive Arbeit", siehe im Folgenden und im übrigen Baran, 10.

18) Hofstätter, Sozialpsychologie, 105 f.

19) Baran, 15 ff.

Fürsorge findet oder ob er durch Werbung, Geschäftemacherei oder Rüstung absorbiert wird." ²⁰⁾ Damit aber verliert die Theorie von der Unterkonsumtion ihre, von Baran behauptete, typische Aussagefähigkeit bei der Beschreibung des kapitalistischen Systems und für die Argumentation zugunsten des Sozialismus. Soviel steht nämlich fest: Auch der hochbürokratisierte Sozialismus bedarf des Mehrwertes, der mithin dem Arbeitnehmer vorenthalten werden muß. Die Frage, wofür er verwandt wird, ist aber nicht allein und primär mit dem Hinweis auf das Eigentum an den Produktionsmitteln zu beantworten. Das schon deshalb nicht, weil ein "gemeinnütziger Einsatz" nicht zwangsläufig ein soziales System stabilisiert, wie etwa die durchaus problematische Erscheinung eines "akademischen Proletariats" auf Grund einer "Überproduktion" an Akademikern einer bestimmten Fachrichtung belegt. Wollte man hier argumentieren, daß dann eben öffentliche Mittel zu Ausbildungszwecken fehl- und deshalb nicht "gemeinnützig" investiert seien, so bezieht man den Gemeinnutz doch wieder auf den Arbeitsmarkt und gelangt zu der Erkenntnis, daß auch insoweit prinzipielle Unterschiede zwischen einem kapitalistischen und einem sozialistischen System nicht bestehen. Eine andere, ebenfalls nicht systemgebundene Frage ist die, in welchem Umfang Mittel in die Ausbildung und in welchem in die Bildung investiert werden, da nur die ersteren der wirtschaftlichen Produktion nützlich sind. Es bleibt hier festzuhalten, daß das Funktionieren des Industriesystems die Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Strukturen bedingt und daß insoweit Unterschiede zwischen hochentwickelten kapitalistischen und sozialistischen Wirtschaftsordnungen nicht bestehen. Das ist nicht erstaunlich. Denn das, was das Industriesystem voraussetzt und ermöglicht, ist der technologische Fortschritt und nicht das Eigentumsverhältnis an den Produktionsmitteln, das in keiner Relation zur sozialen Ausdifferenzierung steht! Im Gegensatz dazu ist eine moderne, d. h. eine auf moderner Technologie basierende Industriegesellschaft ohne Ausdiffe-

20) Baran, 22.

renzung nicht denkbar und umgekehrt, weshalb die "Hippy-Bewegung" auch nur zu ländlichen Groß-Kommunen entsprechend atavistischem Vorbild führen konnte, die im übrigen auch nicht unstrukturiert bleiben. Deshalb muß diese "Bewegung" - wie ehrlicher Weise auch der Anarchismus - gestehen, daß die Alternative zu der modernen Industriegesellschaft, in der es relativ wenig Not, relativ viel Freizeit und die Möglichkeit zur Freiheit gibt, das, wenn vielleicht auch natürliche und gesunde, so doch jedenfalls mühsame Leben des Primitiven ist ²¹⁾.

2. Wachstum als Ziel des Industriesystems

Wenn nun an zentraler Stelle der bundesrepublikanischen Gesellschaft das Industriesystem, mit wenigen Hundert Unternehmungen unter der Leitung weniger Hundert Manager steht, kann der Staat an dessen Zustand nicht vorbeisehen. Das Nicht-Vorbeisehen-Können zwingt dazu, auf die Ziele des Industriesystems einzugehen. Entscheidendes Ziel des Industriesystems sind die Ziele seiner Mitglieder. Seine Mitglieder sind gewaltige Unternehmen, bzw. Unternehmensgruppierungen, gelenkt von einem angestellten Management, das in ihnen Geld verdient und Macht ausübt und dieserhalb den Teilen des Industriesystems vorsteht, im Haben der Position abhängig von erfolgreicher Geschäftsführung, mithin dem Erwirtschaften von Gewinnen, vom "Wachstum", dem inzwischen unbestrittenen Ziel aller Wirtschaftspolitik ²²⁾. Wachstum aber ist unabhängig von dem, wodurch es möglich wird: "Zunehmende Verarmung einzelner Bevölkerungsgruppen, totale Vermachtung der Märkte, eine Beherrschung der Gemeinwirtschaft durch wenige sich an ihrem möglichen Gewinnmaximum orientierende Konzerne

21) Wobei Mayntz, 8 f. zuzugestehen ist, daß damit "Kultur" nicht ausgeschlossen ist. Doch ist Kultur nicht gleich Kultur. Vgl. auch Mayntz, 20.

22) Huffschild, 110. Entsprechend Galbraith, 196: "Kein anderes soziales Ziel wird so einhellig anerkannt wie das Wachstum der Wirtschaft".

und eine Verschiebung im Gesamtproduktionsvolumen von qualitativ wichtigen und nützlichen zu unnützen und schlechten Gütern, ... sind unter diesen Umständen durchaus mit hohen Wachstumsraten der Gesamtwirtschaft ... vereinbar" 23).

Die Bedürfnisse, die, volkswirtschaftlich gesehen, Grundlage eines Wachstums sind, sind prinzipiell gleichrangig, der Wunsch eines Mannes nach einem Siegelring etwa gleichrangig dem eines Obdachlosen nach einer Wohnung, jedenfalls für die Wirtschaft insgesamt. Entscheidend ist allein das Faktum, daß Bedürfnisse existieren in Korrespondenz mit Produktionsmöglichkeiten. Wachstum lebt von diesen Bedürfnissen und, zu ihrer Befriedigung, von der Kaufkraft der Massen. Hinsichtlich der zweiten Bedingung des Wachstums erscheint es deshalb als realistisch, wenn Servan-Schreiber meint, daß die Notwendigkeit der Marktausweitung eine "gewisse Konvergenz der Interessen zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer" schaffe 24). In welcher Beziehung diese Konvergenz der Interessen zu dem marxistischen Dogma von der Gegensätzlichkeit der Interessen von Kapitalist und lohnabhängigen Massen steht, soll nur als Fragezeichen angemerkt werden 25).

Hinsichtlich der ersten Bedingung des Wachstums, der Existenz von Bedürfnissen, deren Befriedigung durch Produktion von Waren und Leistungen ökonomisch möglich und profitträchtig ist, ist die Crux die Neutralität der Bedürfnisse in Bezug auf das Mensch-Sein. Von hierher erwächst dem Wachstums-Denken Kritik. Nicht der Mensch und seine - wie immer bestimmten - Bedürfnisse dirigieren den ökonomischen Prozeß, sondern das Wachstums-Interesse dirigiert den Menschen, so wird vermutet. Der Dienstweg: Konsum-

23) Huffs Schmid, 111. Packard, 28.

24) Servan-Schreiber, 58.

25) Immerhin ist es interessant zu sehen, daß die "Neue Linke" mehrfach betonte, im Verhältnis zur - ausgebeuteten - Dritten Welt stünde der Arbeitnehmer auf der Seite der Ausbeuter.

ment - Produzent droht, auf den Kopf gestellt zu werden²⁶⁾.

Es darf an dieser Stelle ein anerkennendes Wort in Bezug auf volkswirtschaftliches Wachstum nicht fehlen. Zwar ist es unverkennbar, daß das Wachstum sich nicht kümmert um "das Menschliche", im Sinne christlich-humanistischer Tradition etwa, daß für es der Kauf eines noch neueren und noch besseren Automobils wichtiger ist als das Studium kunstgeschichtlicher Werke. Dennoch hat das technologisch bedingte wirtschaftliche Wachstum bewirkt, daß der Mensch der modernen Industriegesellschaft im wesentlichen ohne materielle Not und in umfassender medizinischer Betreuung leben kann und daß er relativ viel Freizeit hat oder haben kann²⁷⁾. Durch das ökonomische Wachstum hat sich der Mensch immerhin aus der Armut befreit. Es ist der positive Aspekt der Fragestellung, die dieser Arbeit zugrundeliegt. Denn dieser äußere Aspekt soll nicht verändert werden bei der Wahl des Weges. Nur: Wird die Gesellschaft ein für allemal sich damit begnügen oder wird sie und kann sie²⁸⁾, darauf aufbauend, eine humane Zivilisation erstreben?

3. Notwendigkeit einer Kooperation von Staat und Wirtschaft.

Die Bedeutung des Industriesystems für die Stabilität der Gesellschaft ist dargelegt. Aus ihr darf ohne Gefahr geschlossen werden, daß jede Regierung, aus Verantwortung für die Gesellschaft, für das Funktionieren des Industriesystems zu sorgen hat. Umgekehrt bedarf auch das Industriesystem der Kooperation mit dem Staat, da nur der Staat in der Lage ist, stabile wirtschaftliche Verhältnisse, Voraussetzung jeder längerfristigen Planung, zu schaffen. In diesen Zusammenhang gehören die wirtschaftspolitischen Termini:

-
- 26) Auf den Typus Mensch, der optimal ist im Sinne des Wachstumsdenkens, wird zurückzukommen sein.
27) Ob er die Möglichkeiten, die sich ihm bieten, nutzt, hängt ab von seiner Persönlichkeitsstruktur. Sie ist nicht unabhängig von den ökonomischen Bedingungen, aber auch nicht deren Funktion. Siehe hierzu den 2. Hauptteil.
28) Hier sitzt der Grund-Streit zwischen "Sozialisten" und Kapitalisten.

Rahmenplanung, Planification, mittelfristige Finanzplanung, Orientierungsdaten u. a., ohne daß hiermit die Masse der Abhängigkeiten des Industriesystems von der Mitarbeit des Staates annähernd beschrieben ist.

Diese Erkenntnisse, geboren unter den Schmerzen der Weltwirtschaftskrise, lassen sich verkürzen auf die Formel, daß die marktwirtschaftliche Mikrosteuerung der zahllos am gesellschaftlichen Prozeß Beteiligten nicht in der Lage ist, eine gleichgewichtige gesamtgesellschaftliche Entwicklung zu gewährleisten, daß vielmehr daneben eine überlagernde Makrosteuerung treten muß ²⁹⁾. Das nötigt zu der für die Interpretation des Rechts folgenreichen Feststellung, daß die klassische Theorie des Liberalismus nicht mehr gelten kann. Diese Theorie bezieht sich auf eine Gesellschaft freier Menschen, für deren soziale Interaktionen der Marktaustausch als exemplum principale fungiert, da in ihm ein allgemeines soziales Koordinationsinstrument gesehen wurde, durch das die zwischenmenschlichen Beziehungen ohne Zwangsausübung geordnet wurden. Als Urheber störenden Zwanges kam nur der Staat in Betracht, auf dessen Makrosteuerung als wesentliches Element sozialer Steuerung heute nicht mehr verzichtet werden kann ³⁰⁾. Dem korrespondiert das Versagen des Marktes auf der ökonomischen Ebene, das seinen Ausgangspunkt nimmt bei der gekennzeichneten Vermarktung der Märkte, d. h. dem Auslaufen von Wettbewerb. Damit verflüchtigt sich die Idee freier und gleicher Menschen und eines konsensualen Interessenausgleichs. Auf dieser Ebene taucht das Element Macht, Marktmacht, auf, das der klassischen Theorie ebenso fremd war wie der Zwang zu staatlicher Intervention.

Auf diese Fakten ist nachdrücklich aufmerksam zu machen. Sie mögen ein wenig überzeichnet sein, denn es gibt vielleicht noch Bereiche der Wirtschaft und des sozialen Lebens,

29) Reinermann, 101.

30) Wichtiges Instrument dieser Steuerung sind die öffentlichen Haushalte, über die ca. 40 % des Bruttosozialproduktes abgewickelt werden, wobei die Möglichkeiten zu steuern negativ beeinflußt wird durch den hohen Anteil der Personalkosten an den öffentlichen Ausgaben, der bei 30 % liegt.

auf denen die Theorie des Liberalismus noch lebt. Doch sind sie schwer auszumachen, und nur vorübergehender Natur, wie etwa der Einbruch japanischer Produkte auf den bundesrepublikanischen Markt. Im Prinzip muß aber konstatiert werden, daß gesellschaftliche Gleichgewichtszustände durch den Interessenausgleich einzelner nicht mehr zu bewirken sind. Weder bei den Lebensmittelpreisen, noch bei der Organisation der medizinischen Ausbildung.

Die Bedeutung dieser Feststellungen liegt auf methodischem Gebiet. Jede Rechtsnorm, jedes Rechtsinstitut sind, wenn sie entstehen, von bestimmten sozialphilosophischen Ideen und Wertvorstellungen geprägt, zeugen von einer bestimmten politischen Sehweise. So entstand das rechtsstaatliche Instrumentarium unter der Leitung der liberalen Idee.

Die Frage, die sich dem Rechtsanwender stellt, wenn sich soziologische Veränderungen, wie sie eben herausgearbeitet wurden, ergeben, ist die nach dem Einfluß solcher Veränderungen auf die Interpretation des Rechts. Denkbar sind zwei Extreme. Man kann sich der simplen "Normativität des Faktischen" ergeben. Das hätte nicht nur zur Folge, daß möglicherweise wertvolle Normgehalte preisgegeben würden, sondern zwänge auch dazu, nach dem Sinn rechtlicher Positivierung zu fragen. Eine solche In-Frage-Stellung mag reizvoll sein, sie verbietet sich für die Bundesrepublik Deutschland allerdings kraft positivierten Rechts, auf Grund der Postulate des Art. 20 Abs. 3 GG ³¹⁾. Die andere Alternative ist die rigide Anwendung des Rechts, ohne Rücksicht auf die Auswirkungen, in positivistisch-formalistischer Weise. Es mag dahinstehen, ob diese Methode je praktiziert wurde. Die Erkenntnisse von Rüthers ³²⁾ lassen daran zweifeln. Als methodisches Prinzip jedoch führt diese Auffassung dazu, daß das Recht seine Aufgabe verfehlt, zugleich Gebilde und Regu-

31) Die Befolgung dieser Technik wirft Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, 79, 96 mit einem gewissen Recht Webers "Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem", vor.

32) Rüthers, 431 ff., 436/7; 437/8.

lator sozialen Lebens zu sein. "Soll das Recht nicht zu einem starren und toten Paragraphengerippe werden, so bedarf es ständiger Kommunikation mit der sich dynamisch fortentwickelnden sozialen Wirklichkeit und ihrer Probleme. Erst von hier empfängt es dauernd neue Impulse und Deutungen und wandelt sich solchermaßen in einem unendlichen Prozeß mit der sozialen und politischen Umwelt, in die es jeweils eingebettet ist"³³⁾.

Diesen Satz von Rupp zu verstehen, als habe die Rechtsanwendung der jeweiligen Faktizität nachzugeben, hieße, ihn gründlich mißzuverstehen. So versucht Rupp, das vorgenannte Argument zugunsten seines Vorhabens einzusetzen, den freiheitssichernden Gedanken des Art. 80 Abs. 1 GG auszudehnen in Bereiche, für die er, wie etwa den Bereich der leistenden Verwaltung, nach überwiegender Ansicht nicht gelten solle. Was Rupp fordert, ist vielmehr, daß die Wirklichkeitsanalyse zeigen muß, auf welche Art jeweils der "Impuls" einer Norm oder eines Rechtsinstitutes am besten - und hier liegen alle Probleme - zu realisieren ist ³⁴⁾. Das ist einerseits nicht "Rechtsbewahrung" und andererseits auch nicht Gesetzgebung, sondern der immer wieder erneuerte Versuch der sachverhaltsadäquaten Rechtsverwirklichung. Hierbei sind naturgemäß die kognitiven und die volitiven Elemente in einem "Erkenntnis" in unterschiedlichem Maße enthalten, je nach dem, ob etwa ein Steuer- oder das Verfassungsgesetz zu "verwirklichen" war. Die

33) Rupp, Grundfragen, 141.

34) Insoweit ist Schneider, Demokratie und Justiz, 157, zuzustimmen: "Die Rechtsbewahrungsaufgabe fordert ... Aufgeschlossenheit für die je sich wandelnde soziale Wirklichkeit und neue Formen der Wirklichkeitsbewertung." Es ist nur unverkennbar, daß, wie im oben erwähnten Beispiel, der Richter durch die "Aufgeschlossenheit" zu neuen Normen kommt, wenn er Art. 80 Abs. 1 GG auch auf den Bereich der Leistungsverwaltung ausdehnt. Hier bleibt eine bestehende Norm der Ausgangspunkt. Es werden ihr jedoch neue Gehalte, normative Aussagen abgewonnen. Das vollzieht sich nicht im Wege logisch-axiomatischer Schlüsse, eine Erkenntnis, die Schneider Prinzipien der Verfassungsinterpretation, 100, mit Fug als "Selbstverständlichkeit", bezeichnet. Daraus ist jedoch zu folgern, daß in solchen Fällen nicht "Rechtsbewahrung", sondern Rechtskonkretisierung im Sinne einer Fortentwicklung des Rechts statt-

Technik der Rechtsverwirklichung mag als teleologisch-topisch bezeichnet werden. Dabei müssen die allgemeinen normativen Aussagen des Gesetzes den deskriptiven Aussagen des zu "ausbeulenden" Sachverhalts gegenübergestellt und auf diese zu entwickelt werden. Es sind normative und descriptive Zwischen-Sätze zu bilden, die, was die normative Seite anbelangt, konkreter sind als der interpretierte Rechtssatz ³⁵⁾, und die in Bezug auf die Sachverhaltsseite abstrakter sind als die unmittelbaren Sachverhaltsaussagen. Bei dem Aufeinander-Zu-Entwickeln dieser Sätze kommt es entscheidend an auf die "Beurteilung der vorabsehblichen Auswirkungen der zu bewertenden Vorgänge" ³⁶⁾.

Dabei müssen die "Beurteilungen der voraussichtlichen Auswirkungen" sich innerhalb des Rechts bewegen ³⁷⁾, d. h. innerhalb des "gemeinsamen Diskussionshorizontes" in rationalen Bezügen stehen. Nur hierdurch kann der Gefahr einer Rechtsanarchie begegnet werden.

findet, die allerdings in den Rahmen geltender Rechtsprinzipien, -erwägungen und -überzeugungen zu stellen ist, d. h. innerhalb des "gemeinsamen Diskussionshorizontes" der am Rechtsleben Beteiligten rational und das heißt, vor allem auch nachvollziehbar begründet sein muß. Durch die Notwendigkeit dieser Einbeziehung des "neuen" Gedankens in "alte" Zusammenhänge werden diese zugleich verfeinert und bestätigt. Zumindest in toto findet somit "Rechtswahrung" statt. In concreto allerdings kann ein Erkenntnis ganz neu mittein gestaltet sein. Die These, der Richter entscheide über Geschehenes an Hand von Bestehendem (Schneider, Demokratie und Justiz, 157; Gewaltenteilung, 186/7), ist deshalb nur Beschreibung des justiziellen Alltags, nicht Leitlinie zur Fallentscheidung. Als solche ist sie wohl auch nicht, sondern als Beschreibung der verfassungsrechtlichen Funktion der Dritten Gewalt gemeint.

35) Als Beispiel solcher "Untersätze" möge der von Leibholz und Rinck zusammengestellte Kommentar dienen. Er enthält die Summa der vom BVfG entwickelten Normkonkretisierungen.

36) Heymann-Stein, 187; ähnlich Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, 226/7; ausführlich für die Verfassungsinterpretation: Hesse, Grundfragen, 25 ff.

37) Hier stellt sich das Problem des richterlichen Vorurteils, welches immer vorhandenen "Scheiterns" (Schneider, Demokratie und Justiz, 156).

So stellt sich in von Fall zu Fall verschiedenem Umfang jeder Rechtsverwirklichung die Aufgabe, nicht den schmalen Pfad zu verlassen, der zwischen der Öde reiner Begrifflichkeit und subjektivistischem Überzeugungsdschungel verläuft. Es ist so weder "das im Gesetz versteinerte Alte" noch "das politisch Neue" der eigentliche Maßstab ³⁸⁾. Der Interpret, der weder ein Montesquieu'scher Subsumtionsautomat sein kann noch der Schöpfer, als den ihn die Freirechtsbewegung sieht, hat vielmehr zum Maßstab seiner Überlegungen den Gedanken zu machen, daß das Gesetz eine Regelung will und ausdrückt, die, mag sie auch noch so lückenhaft sein, sich einem sorgfältigen und differenzierten Suchen erschließt. Rupp spricht von einer "ideellen Geschlossenheit" des Gesetzes ³⁹⁾, der es teleologisch-topisch nachzugehen gelte.

Es wurde bereits auf das Werk von Rüthers verwiesen, der den Einflüssen nationalsozialistischen Denkens auf das deutsche Privatrecht, bzw. seine Anwendung nachgegangen ist. Er kommt zu dem unbestreitbaren Ergebnis ⁴⁰⁾, daß die Rechtsanwendung wesentlich "von der sozial, politisch und weltanschaulich fundierten Wertgrundlage der Gesamtordnung" ⁴¹⁾ abhängt, derart, daß ohne oder bei nur geringfügigem Wandel des geschriebenen Rechts ein neuer "Geist" widerstandslos ein ihm adäquates Recht zu schaffen vermag. Soweit Rüthers hieraus den Schluß auf die "Neutralität der juristischen Methodenlehre" zieht ⁴²⁾, ist ihm zu folgen, ebenso, wenn er meint, die Theorie

38) Vgl. Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, 79.

39) Rupp, Grundfragen, 190/1.

40) Rüthers, 436 ff.

41) Rüthers, 437.

42) Rüthers, 432. Daß die überlieferte Methodik nur "Hilfsgesichtspunkte" liefert, ist topischem Denken selbstverständlich, sogar "normstrukturellem Denken", das in höherem Maße der subjektiven Methode verhaftet ist. Vgl. hierzu Müller, Normstruktur und Normativität, 45.

der Rechtsanwendung sei "auf die Verwirklichung, nicht auf die Abwehr der in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen gerichtet"⁴²⁾ und die Rechtsanwendung sei insoweit "eine dienende Funktion"⁴³⁾. Für den hier behandelten methodischen Fragenkreis heißt das: Die Gefahr, daß Rechtsanwendung zu stark dem "rechtlich versteinerten Alten" verhaftet bleibt und dysfunktional wird, besteht nur theoretisch, da der Rechtsanwender, auf Grund seiner sozialpsychologischen Einbindung in seine Zeit, neuem "Denken" sich nicht entziehen kann. Dem kann kaum widersprochen werden.

Nur: Wenn Rüthers daraus schließt, Rechtsanwendung müsse dem Zeitgeist nachlaufen, d. h., im Sinne der oben ermittelten Alternative, sie müsse immer das "politisch Neue" verwirklichen, so überinterpretiert er seine Ergebnisse, indem er Bedenken dagegen vernachlässigt. Immerhin sieht er: "Die Theorie der Rechtsanwendung kann allenfalls die Ergebnisse gesetzlich angeordneten Unrechts im Einzelfall mildern"⁴⁴⁾. Und: Der Richter "kann andererseits auch eine neue Gerechtigkeitsdoktrin, selbst wenn sie bereits politisch zur Macht gelangt ist, durch die Bezugnahme auf entgegengesetzte gesetzliche Wertungen im überkommenen Normengefüge bei ihrer sozialen Durchsetzung hemmen"⁴⁵⁾. Jedoch minimiert er diesen Ansatzpunkt in seiner Bedeutung für die Möglichkeit teleologisch-topischen Denkens im oben bezeichneten Sinne durch den Hinweis, daß "der revolutionäre Aufstand gegen einen ungerechten Gesetzgeber" "eine schöne Hoffnung" sei, aber nichts, das "historischer Standeserfahrung" entspreche⁴⁶⁾. Das genügt ihm, um seine These zu begründen, "eine problemlösende Methodenlehre" sei als "Heilmittel" (!) gegen "totalitären Mißbrauch und die Perversion einer Rechtsordnung"⁴⁷⁾ ungeeignet. Daß die Dritte Gewalt auch mit teleologisch-topischem Denken den Nationalsozialismus nicht verhindert hätte, bedarf

43) Rüthers, 439 ff.

44) Rüthers, 444.

45) Rüthers, 444.

46) Rüthers, 445.

47) Rüthers, 444.

keines Wortes. Hieraus aber zu folgern, daß iustitia immer nur jene berühmte Hure sein könne, ist ebenso falsch wie die Annahme, Rechtsanwendung könne nicht auch an jenem "rechtlich versteinerten Alten" sich orientieren. Das "immerhin", das Rüthers dieser Alternative gewährt ⁴⁸⁾, weist auf den entscheidenden Fehler seiner These hin ⁴⁹⁾. Er sieht den Kommunikationsweg zwischen dem "Rechtsstab" und den übrigen gesellschaftlichen Teilsystemen, sozialwissenschaftlicher Erkenntnis zuwider, als Einbahnstraße. Deshalb kann seiner Auffassung von der Aussichtslosigkeit "problemlösenden" Denkens nicht Folge geleistet werden, wenn sie auch nachhaltig die stete Gefährdung dieses Weges ins Bewußtsein rückt.

Wenn es dann darum geht, im Rahmen sachverhaltsadäquater Normverwirklichung den Impuls der Norm aufzufangen und den je besonderen Umständen des zu entscheidenden Falles entsprechend zu verwirklichen, hat der Interpret immer wieder die Rechtsbegriffe und -institute auf ihren "ewigen" Gehalt hin abzuklopfen, auf die Elemente und Umstände ihrer Entstehung und ihrer Entwicklung, die zeitbedingt waren, damit er nicht, indem er in der Anwendung auch sie verwirklicht, den eigentlichen Gehalt der Norm verfehlt oder verspielt ⁵⁰⁾. Insoweit dient topisches Denken der Rationalisierung der Prämissensuche. Es befreit einen Rechtsgedanken von seinen räumlich-zeitlichen Implikationen, seinem irrational gewordenen Ballast und ermöglicht die immer neu zu stellende Frage nach der Richtung und möglichen Funktion des "Impulses" dieses Rechtsgedankens.

48) Vgl. Fußnoten 44 und 45.

49) Unabhängig von der fehlerhaften Annahme, ein richterliches Erkenntnis treffe wirklich nur einen Einzelfall. Daß dem nicht so ist, folgt aus der oben beschriebenen Notwendigkeit zwischen der Norm und einem Sachverhalt sog. "Zwischensätze" zu bilden, was naturgemäß vor allem für die Judikatur der Obergerichte gilt. Diese "Zwischensätze" weisen immer über den konkreten Sachverhalt hinaus.

50) Die späteren Analysen der verfassungsgerichtlichen Erkenntnisse werden hierfür ein beredtes Beispiel geben.

Das erhellt die Bedeutung der oben getroffenen Feststellung von der Unhaltbarkeit der klassischen Theorie in der modernen Industriegesellschaft. Denn jene Theorie hat alle tragenden Gedanken der Verfassungsrechtsordnung hervorgebracht, die deshalb ihrerseits einer kritischen Analyse zu unterziehen sind. Die vorliegende Arbeit unternimmt einen solchen Versuch an Hand der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage des Verhältnisses des Bürgers zum Staat. Sie wird deshalb zugleich ein Stück des Vorverständnisses und des Verständnisses des Gerichts für den gesamten Grundrechtsbereich zu Tage fördern ⁵¹⁾. Und es wird sodann möglich sein, die der Arbeit insgesamt zugrundeliegende Frage zu beantworten, ob gegenüber den Tendenzen zur Funktionalisierung des Menschen entsprechend den Wachstumsinteressen des ökonomischen Systems vom Grundgesetz, bzw. seinem berufenen Interpreten, dem BVfG, etwas zu erwarten ist. Doch zunächst gilt es, die Skizze des Wirtschaftssystems der Bundesrepublik Deutschland zu vervollständigen und in bestimmte Richtungen zu detaillieren.

Zu konstatieren bleibt eine wechselseitige Abhängigkeit von Staatsgewalten und Industriesystem, aus unterschiedlichen Motiven: Zur Verhinderung gesellschaftlicher Anomie muß der Staat das Industriesystem stützen, muß seinen Wachstumsinteressen nachgeben. Zur Verwirklichung dieses Wachstumsinteresses ist das Industriesystem auf die Unterstützung durch den Staat angewiesen. Primär stehen sich ein gemeinnütziges Interesse (auf Seiten des Staates) und ein privatnütziges (auf Seiten des Industriesystems) gegenüber, die, jeweils sekundär, das Primärinteresse des Kooperanten befriedigen. Es soll auch hier angemerkt werden, daß solche Interessenverschränkung im wesentlichen unabhängig ist von der Art des gesellschaftlichen Systems: Denn auch im Sozialismus ist das Wachstumsinteresse der einzelnen Betriebe unbestritten und sind derart die in

51) Außerdem wird, in der Entgegen-Setzung, das Vorverständnis des Verfassers entwickelt und zugänglich gemacht.

ihnen wirkenden Menschen auf das Wachstum ihres Betriebes festgelegt ⁵²⁾.

Das entscheidende Problem dieser Interdependenz ist schon angedeutet. Es steckt in der Neutralität des Wachstumszieles für "den" Menschen: Wachstum kümmert sich nicht um die Verschiedenwertigkeit menschlicher Bedürfnisse, die ja nicht exakt gemessen werden kann, subjektiv sogar prinzipiell unbeweisbar bleibt. So mag es tatsächlich vorkommen, daß ein Mensch stärker unter der Unmöglichkeit leidet, sich einen begehrten Siegelring kaufen zu können, als ein anderer darunter, keine Wohnung zu haben. Dennoch dürfte objektiv ein Unterschied vorhanden sein.

So besteht denn ein allgemeiner Konsens nur hinsichtlich der Forderung nach Wachstum. In der Frage des Wie unterscheiden sich politische Richtungen. Konservativer Liberalismus meint, daß die Wirtschaft wachsen soll, wie sie will. Moderner Liberalismus ⁵³⁾ meint, daß Strukturpolitik betrieben werden müsse, mit dem Ziel, eine menschenwürdige Gesellschaft zu schaffen. Diese Möglichkeit im Rahmen der kapitalistischen Wirtschaft hält der Sozialismus für Utopie ⁵⁴⁾. Andere versuchen den Weg über die Aufklärung des Menschen ⁵⁵⁾. Von dem jeweiligen Standort hängt dann ab, wie die Wirtschaftspolitik einer Regierung beurteilt wird. An dieser Stelle soll unerörtert bleiben, ob das Grundgesetz, wie das Bundesverfassungsgericht ausführte ⁵⁶⁾, tatsächlich neutral ist in der Frage des Wirtschaftssystems (und damit auch der Wirtschaftspolitik).

Denn eine Fülle staatlicher Aktivitäten ist in jeder modernen Industriegesellschaft nötig, d. h. allein durch das Wachstumsinteresse einerseits und die Aufgabe der Erhaltung gesellschaftlicher Stabilität andererseits bedingt:

⁵²⁾ Galbraith, 117 ff; Schachtschabel, 97 (im Ergebnis).

⁵³⁾ Etwa im Sinne Dahrendorfs, "Zeit" 47/1969, 59 ff, Servan-Schreiber, 28 ff, 38.

⁵⁴⁾ Baran, 80 ff. Kritisch zu dieser Möglichkeit auch Huffs Schmid, 123 ff.

⁵⁵⁾ Galbraith, 410 ff; Gehlen, 54.

⁵⁶⁾ BVerGE 4, 17 f.

So bedarf die technisierte Arbeitswelt einer qualifizierten Ausbildung des Arbeitnehmers, die der Staat zu ermöglichen hat, womit die "ökonomische Basis" der Bildungsdiskussion gekennzeichnet ist, verständlich machend, weshalb Wirtschaftsverbände so sehr an der Organisation des Bildungswesens interessiert sind. So bedarf die Wirtschaft der Rohstoff- und Absatzmärkte ⁵⁷⁾, ein Bedürfnis, das in hohem Maße, ohne Rücksicht auf Art. 65 GG, die Richtlinien der Politik bestimmt und den Hintergrund der Imperialismus-Diskussion bildet. Auf gleicher Ebene liegt die Sorge des Staates um den Menschen, den die Wirtschaft nicht oder nicht mehr braucht, den alten oder kranken Menschen, den ungelernten Arbeiter, den Arbeitslosen und den, der noch in einem absterbenden Berufe lebt, kurz: den Desintegrierten, den es zu integrieren gilt, zur Vermeidung anomischer gesellschaftlicher Zustände, die der Boden von Alkoholismus, Delinquenz und Unzufriedenheit sind ⁵⁸⁾.

Umgekehrt ist der Fortgang ökonomischer Entwicklung von staatlichen Impulsen abhängig. Es wurde anfangs auf die immensen Kosten hingewiesen, die Forschung und Entwicklung verursachen. Hier kommt das Industriesystem, ohne staatliche Unterstützung nur in seltenen Fällen aus. Am 4.8.1972 veröffentlichte die Bundesregierung den sog. "Förderungskatalog 1971", in dem sie Rechenschaft ablegt über die Verwendung von Haushaltsgeldern in Höhe von fast 1,5 Milliarden DM, die 1971 in Forschungs- und Entwicklungsvorhaben gesteckt worden sind ⁵⁹⁾.

Es finden sich hier Vorhaben auf dem Gebiet der Forschungsplanung, Technologie, medizinisch-biologischer Grenzgebiete der Technologie, Meeresforschung, Kern-, Weltraum- und Luftfahrtforschung. Allein im Münchner

57) Zum Zusammenhang von Außenpolitik und Wirtschaftsinteresse: Tudyka, 339 ff. Zum Problem bundesrepublikanischer Rohstoffmärkte: "Ärmste der Welt", Spiegel 4/69, 38 f.

58) König, in: Soziologie, 23 ff.

59) "Frankfurter Rundschau" vom 5.8.1972, S. 1.

Flugkonzern Messerschmitt-Bölkow-Blohm, dem 64. unter den größten Hundert bundesrepublikanischen Unternehmen ⁶⁰⁾, arbeiten über 20 000 Beschäftigte ausschließlich für die Bundesrepublik Deutschland, insbesondere für das Bundesverteidigungsministerium ⁶¹⁾. Entsprechendes gilt für den zweitgrößten Flugzeug-konzern, die Vereinigten Flugtechnischen Werke in Bremen, das 71. unter den Hundert größten Unternehmen ⁶¹⁾, und: selbstverständlich, für die gesamte Rüstungswirtschaft, in die zwischen 1955 und 1971 insgesamt 73 Milliarden an Rüstungsaufträgen vergeben wurde ⁶¹⁾, ein Betrag, der an und für sich nicht als bedeutsam anzusehen ist. Doch das, was diese Gelder für das Industriesystem, um das allein es sich in diesem Bereiche handelt, so attraktiv macht, ist die Tatsache, daß das technische know-how, das hier mit öffentlichen Geldern erworben wird, sich im zivilen Verkauf bestens verwerten läßt. Die Anzahl der Beispiele, die, gerade in wichtigen Bereichen moderner Technologie, die Bedeutung staatlicher Hilfen für das Wachstum der Wirtschaft verdeutlichen, läßt sich durch den Wirtschaftsteil jeder Tageszeitung vermehren. Badura charakterisiert diesen Tatbestand wie folgt ⁶²⁾: "In der Gegenwart geht die zunächst okkasionelle Wirtschaftslenkung in eine umfassende Wirtschaftsplanung über, die sich von der Planwirtschaft nur noch dadurch unterscheidet, daß durch die Beibehaltung der Privatautonomie und des Privateigentums an Produktionsmitteln eine auf die Privatinitiative vertrauende Dezentralisierung des Wirtschaftsprozesses mit den lenkenden und planenden Funktionen des Staates verbunden ist". Dem ist nichts hinzuzufügen, außer vielleicht, daß der Begriff der "Daseinsvorsorge" ⁶³⁾ nur ein Element dessen ist, was den Staat hier an Verantwortung und Möglichkeiten trifft.

60) Nach Kruk, vgl. Fußnote 11.

61) "Spiegel", 28. 72, S. 31.

62) Badura, 117.

63) Forsthoff, 342.

a) Auswirkungen dieser Entwicklungen auf die Gesellschaft.

Kernpunkt der "Skizze" des Wirtschaftssystems war die Technologie. Sie ist denn auch, sich auswirkend über betriebliche und volkswirtschaftliche Institutionen, der Grund mannigfaltiger Verschiebungen gesellschaftlicher Strukturen mit daraus resultierenden Spannungen für das gesamte System.

Hier wäre zu erwähnen etwa das relative Absinken der Anzahl der Arbeiter gegenüber den Angestellten (bedingt durch das Anwachsen des tertiären Sektors ⁶⁴⁾ und durch die Automation im primären und im sekundären Sektor) mit Folgen für die Mentalität des Bürgers und die gesellschaftlichen Machtverhältnisse. So stehen die Angestellten, seit jeher und aus einem Gefühl der Überlegenheit über den Arbeiter, einer gewerkschaftlichen Organisation in hohem Maße ablehnend gegenüber, ein Faktum, das die Zahl der Gewerkschaftler zurückgehen läßt, die Macht der Organisation schwächt und sie auf neue Aufgaben verweist. Galbraith ⁶⁵⁾ etwa meint, daß dominierende Aufgabe der Gewerkschaften der Dienst an der Stabilisierung des Systems sei, eine These, die angesichts des Verhaltens der kommunistischen Gewerkschaft CGT während der französischen Mai-Unruhen Beachtung fordert und durch die "wilden Streiks" in der Bundesrepublik im Herbst 1969 bestätigt wird: Die Gewerkschaften, in der Konzertierten Aktion "staats-tragend" eingebunden, entschieden sich für die Orientierungsdaten des Bundeswirtschaftsministeriums und ließen die Arbeitnehmer allein.

64) Die Bedenken Müllers, 30 f., gegen das herkömmliche 3-Teilungsschema sollen hier nicht erwähnt werden, da es sich um ein im wesentlichen nationalökonomisches Problem handelt. Welchen Sinn hat es, so fragt er, von "dem" tertiären Sektor zu sprechen, wenn in ihm so heterogene Berufe wie Schuhputzer, Bankbeamte und Ärzte zusammengefaßt werden, was einheitliche Aussagen verunmöglicht?

65) Galbraith, 311 f.

Weitere Folgen ökonomischer Wandlungsprozesse sind die Veränderungen der Familienstruktur ⁶⁶⁾, die Landflucht und die Verstädterung ⁶⁷⁾ und vor allem die Bürokratisierung. Die sozialen Folgen dieser Veränderungen sind ausreichend beschrieben ⁶⁸⁾. Es sei aber noch auf eine besonders wichtige Folge der Prolongierung der Ausbildung hingewiesen, bedingt durch die Notwendigkeiten der komplizierten Arbeitswelt. Es ist eine neue Erscheinungsform des Menschen: der Jugendliche, der nicht mehr Kind ist und noch nicht Erwachsener. Tenbruck bemerkt, "daß Jugend eigentlich eine geschichtliche, und zwar relativ neuartige Erscheinung ist" ⁶⁹⁾. Während statische Gesellschaften mit niedrigem Produktionsniveau (sogenannte "primitive Gesellschaften") einen unmittelbaren Übergang vom Kind zum Erwachsenen kennen, erfolgend im Initiationsritus, bedarf die moderne Industriegesellschaft eines langen Prozesses, in dem das verständig gewordene Kind die komplizierten technischen Fertigkeiten erwerben und seinen Verhaltensstil, geprägt von Eltern, peer groups und den Lehrern der ersten Schuljahre, öffnen kann für die Masse der Möglichkeiten, sich in der Erwachsenenwelt zu verhalten, die sich ständig ändert. Diese unproduktive Zwischenzeit, möglich auf Grund der Überschußproduktion derer, die schon im Produktionsprozeß sind, die Jugendzeit, bringt eine Fülle gesellschaftlicher Probleme, wie etwa die Subkulturen der Jugendlichen bis hin zu den kriminellen Jugendgruppen, den Banden ⁷⁰⁾, beweisen, letztlich gegründet in der immer größer werdenden Unsicherheit über das, was den Jugendlichen in dieser entscheidenden Sozialisierungsphase an Zielvorstellungen für Verhalten vermittelt werden soll.

66) Achinger, 36 ff, der sehr überzeugend die Problematik der Familie in der heutigen Zeit darstellt, nachdem sie ihre Funktion als Produktionskollektiv eingebüßt hat.

67) Hierzu Richter, 48 ff.

68) Gehlen, 39 ff; Parsons, in: Jugend, 132 ff.

69) Tenbruck, 90.

70) Hierzu Cohen, Kriminelle Jugend, Hamburg, 1961.

Diese (beispielhaften) Ausführungen sollen einerseits als Beleg dafür dienen, daß die anfangs geäußerte Vermutung, stärkstes Movens moderner Industriegesellschaften sei der ökonomische Sektor, berechtigt ist. Sie sollen andererseits vor allem die Existenz gewaltiger Wandlungen zeigen.

Für den Menschen nun sind derartige Wandlungen psychologisch von weittragender Bedeutung, denn sie verursachen Verhaltensunsicherheit und Statusprobleme ⁷¹⁾, weil sie die Bezüge, in denen ein Mensch lebt, bewegen. Ohne feste Bezüge aber vermag der Einzelne weder ausreichendes Selbst- noch Fremdverständnis zu entwickeln ⁷²⁾. Das gilt sowohl dann, wenn der Einzelne einen festgefügtten Bezugsrahmen noch nicht gefunden hat, für den Jugendlichen, als auch dann, wenn ein zunächst vorhandener Bezugsrahmen wieder verlorengeht, wie etwa für den, dessen erlernter Beruf ausstirbt. Diese Phänomene sind als anomisch zu kennzeichnen und zu beseitigen, etwa durch Struktur- und Ausbildungsprogramme.

c) Der Menschentyp, den der ökonomische Sektor braucht.

Es dürfte durch (b) sichtbar gemacht sein, in welcher unlösbarer Verquickung die Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland und ihr Industriesystem stehen, das alle sozialen Bereiche erfaßt und verändert. Es ist zu vermuten, daß alle Änderungsprozesse in Richtung auf die Interessen des Industriesystems verlaufen. Die Berechtigung einer solchen Vermutung folgt aus der Tatsache, daß auf Veränderungen in einem Teilbereich eines Systems stets nur zwei Möglichkeiten verbleiben. Es kann rigide reagieren und die Veränderungsversuche abwehren oder sich in seinen anderen Teilbereichen adaptieren. Man braucht keineswegs Marxist zu sein, um die erste Alternative als

71) Gehlen, aaO.

72) Bally, 191, 206 f; Hofstätter, Gruppendynamik, 78 ff.

Reaktion des Gesamtsystems auf Veränderungen im Teilsystem Wirtschaft für unwahrscheinlich zu erachten, woraus dann die oben ausgesprochene Vermutung resultiert. Folglich ist auch zu vermuten, daß die Entwicklungen im ökonomischen Sektor auf einen bestimmten Menschentyp zusteuern: Mit diesem Begriff ist ein Ensemble von Eigenschaften angesprochen, das den Mitgliedern einer Gruppe oder einer Gesellschaft gemeinsam ist oder sein sollte, je nach dem, ob dieser Typ schon erreicht ist, existiert oder angestrebt wird. Er deckt sich mit dem Begriff des "sozialen Charakters", wie ihn Riesman verwendet, der ihn als "das Produkt der Erfahrungen dieser Gruppen" beschreibt ⁷³⁾. Von den Erfahrungen her korrespondiert ein bestimmter Typ einem bestimmten Zustand der Gesellschaft und verlaufen Änderungsprozesse in Korrespondenz und parallel, weshalb Riesman verwundert fragt, wie es denn komme, daß jede Gesellschaft genau den Menschentyp zu erhalten scheint, den sie "braucht". Hier interessiert die Frage, mit welchen Erziehungs- und Beeinflussungsmethoden die Gesellschaft "ihren" Menschentyp zu erreichen trachtet, nicht, wohl aber die Frage, wie dieser Typ denn aussieht.

Die bisherigen Ausführungen haben bereits die Richtung gewiesen, in der der "gebrauchte" Typ zu ermitteln sein wird: Es ist der leistungsbereite, fachlich hochqualifizierte Konsument. Leistungsimpulse sind Voraussetzungen sowohl der hohen fachlichen Qualifikation, die für die in hohem Grade spezialisierte und verwissenschaftlichte Produktion erforderlich sind ⁷⁴⁾, als auch eines hohen

73) Riesman, 21.

74) Daß an den Koordinationspunkten Menschen mit Allgemeinbildung gebraucht werden, die von allem ein wenig verstehen, widerspricht dem nicht, sondern reflektiert nur die Spezialisierung, wie denn überhaupt der genannte Typ ein Idealtypus ist, dem der Einzelne nur mehr oder weniger gerecht wird. In einer pluralistischen Gesellschaft wird es niemals dazu kommen, daß ihre Mitglieder "je für sich eine Synthese aus "Konsum"- und "Fach-Idiot" sein werden. Keineswegs handelt es sich um ein "Ideal".

Konsums, der nötig ist, wenn das Wachstumsinteresse der Wirtschaft befriedigt werden soll. Je stärker die Leistungsmotivation ist, desto mehr kann ein Mensch arbeiten, verdienen und konsumieren. Die Bereitschaft zum Konsum, die ein unbedingtes Erfordernis ist ⁷⁵⁾, setzt einen formbaren Menschen voraus. Denn: Es ist, wie schon bemerkt, für die Sicherung der ökonomischen Planung unerlässlich, daß der Konsument das Produkt will, das ihm angeboten wird. Die Situation der Automobilindustrie wäre äußerst problematisch, wenn "der" Bürger sich für die öffentlichen Verkehrsmittel entschiede. Zu ertragen wäre solche Neuorientierung nur, wenn sie sich langsam, in einem geplanten Prozeß entwickelte, der der Industrie das Umsteigen auf die Produktion öffentlicher Verkehrsmittel ermöglichen würde.

So "fordert" Riesman, daß der neue Bürger sich von Sparbedürfnis und Knappheits-Denken befreien und ein "Überflußbewußtsein" entwickeln müsse, durch das er "zum verschwenderischen Luxus und Verbrauch seiner Freizeit und des Produktionsüberschusses fähig wird" ⁷⁶⁾. Der Menschentyp, der hierzu taugt, ist der von Riesman als "außengeleiteter" Typus beschriebene, für den es charakteristisch ist, daß sein Verhalten durch die Außenwelt, durch

75) Auch die Struktur des Konsums ist beachtlich. Wenn Riesman, 35, meint, der Mensch müsse Philosophie und Dichtung konsumieren lernen, so übersieht er, daß auf diese Art das Wachstum der Wirtschaft nicht sichergestellt werden kann. Leider ist seine Alternative, daß anderenfalls die Überproduktion in Kriegen zerstört werden müsse, realistischer, insbesondere wenn man Riesman's Hinweis darauf berücksichtigt, daß die steigende Anzahl alter Menschen und die noch auszubildende Jugend zu berücksichtigen sei. Diese sind "unproduktiv", folglich müssen sie miternährt werden. Das aber ist nur bei hohem ökonomischen Niveau möglich.

76) Riesman, 35.

Bezugsgruppen und Massenkommunikationsmittel gesteuert wird. Er zeichne sich aus durch eine "außergewöhnliche Empfangs- und Folgebereitschaft, die er für Handlungen und Wünsche der anderen aufbringt" 77), ähnlich früheren Großstadtbevölkerungen, wo "an Stelle von Brauchtum und Sitte ... die Mode, und zwar eine sehr schnell sich wandelnde Mode" herrschte 78).

Es ist augenscheinlich, daß dieser Menschentyp dem Interesse des ökonomischen Sektors, speziell dem des Industriesystems entspricht, jedenfalls was die Konsumhaltung anbetrifft. Riesman entdeckt diesen Typ bereits in den auslaufenden 40er-Jahren 79) und in der amerikanischen oberen Mittelschicht 80), ist jedoch der Ansicht, daß es sich um den heraufziehenden "heutigen Menschen überhaupt" handele. Entsprechend einer sozialwissenschaftlichen Erfahrung 81) kann man davon ausgehen, daß die amerikanischen Konsumgewohnheiten mit einem gewissen Zeitabstand in der Bundesrepublik Deutschland nachvollzogen werden. Es bestehen deshalb keine Bedenken, davon auszugehen, daß der beschriebene Menschentyp in der Bundesrepublik Deutschland bereits weit verbreitet ist. Das stärkste Argument für diese Auffassung folgt aus der These von der Zweiseitigkeit sozialer Relationen und dem schlichten Faktum, daß die Bundesrepublik bereits eine moderne Industriegesellschaft mit in hohem Maße entwickelter Technologie und einem kooperativen Industriesystem ist 82). So zeigt sich,

77) Riesman, 38.

78) Riesman, 38/9.

79) Die Originalausgabe seines Werkes stammt aus 1950.

80) Riesman, 36.

81) Kerlikowsky, Horst, Mehr Erleben in der Freizeit, "FAZ" vom 9.9.1972, S. 17.

82) Dieselbe Feststellung trifft, Servan-Schreiber, 22, für die französischen Verhältnisse. "L' ensemble du système industriel, qui devrait être l' instrument au service des hommes tend à devenir la norme en fonction de laquelle ils adaptent leurs comportements, leurs rapports sociaux, et jusqu' à leur personne."

daß alles in eine dem Industriesystem günstige Richtung sich entwickelt, an den verschiedensten Stellen, zum Beispiel am Brief des Präsidenten der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Balke, an den (damaligen) Präsidenten der Kultusministerkonferenz, Evers⁸³⁾: "Der Verband muß mit allem Nachdruck darauf hinweisen, daß die Förderung der Forschung an Hochschulen ernstlich in Frage gestellt ist, wenn in Zukunft unzuständige Gruppenvertreter an Entscheidungen mitwirken können und wenn die Alleinverantwortlichkeit des einzelnen qualifizierten Forschers beseitigt oder auch nur geschwächt wird. Die dadurch schon entstandene Unsicherheit wird unvermeidlich die Bereitschaft der Industrie schmälern, im bisherigen Umfang Forschungsmittel bereitzustellen". Allein um die Qualität des Forschungsvorhabens dürfte es in diesem Brief jedenfalls nicht gegangen sein. Das Forschungsvorhaben wird nämlich, vor wie nach einer Universitätsreform, vom "qualifizierten Forscher" und seinen Mitarbeitern durchgeführt. Bildungsinstitutionen sollen vielmehr so bleiben wie sie sind, höchstens "effektiver" werden. Der Brief exemplifiziert die Zufriedenheit der Unternehmer mit den gesellschaftlichen Institutionen, die zumindest auch mit der Sozialisierung, d. h. auch: der Persönlichkeitsentwicklung des Menschen befaßt sind. Man geht sicher nicht fehl in der Annahme, daß diese Zufriedenheit vor allem durch die Tauglichkeit der gegenwärtigen Sozialisierungsinstitutionen zur Entwicklung des Menschentyps bedingt ist, den der ökonomische Sektor braucht⁸⁴⁾. Den "Erfolg" des Industriesystems dokumentiert, in sehr viel bedenklicher Weise, ein anderes Phänomen⁸⁵⁾:

83) "Zeit" vom 6.11.1969, S. 2.

84) Wie denn auch die - selbstverständliche - Voraussetzung jeder Trendprognose die Stabilität der Sozialisierungsinstitutionen ist, so daß der entscheidende Hebel zur Opposition gegen die oben dargestellten Trends die Reform der Sozialisierungsanstalten ist.

85) "Spiegel", 18/72, S. 12.

Im Jahre 1971 blieben Soldaten der Bundeswehr mehr als 10 000 mal eigenmächtig der Truppe fern. Wie Untersuchungen ergaben, war nicht etwa fehlender Wehrwille oder ähnliches das Hauptmotiv, sondern die Tatsache, daß die Soldaten vor ihrer Einberufung den Familienunterhalt auch mit Schwarzarbeit sicherten. Um die auf diese Art hochgetriebenen Konsumwünsche weiter, d. h. auch nach der Einberufung befriedigen zu können, blieben die Soldaten dem Dienst fern und arbeiteten schwarz. Die leistungsmotivierenden Konsumzwänge haben sich hier sogar kriminalisierend ausgewirkt, denn "eigenmächtiges Fernbleiben von der Truppe" ist ja ein Straftatbestand, ohne daß "Konsumzwang" als Schuldausschließungsgrund akzeptiert ist ⁸⁶⁾.

III. Die Bedeutung des Art. 1 Abs. 1 GG nach dem Bundesverfassungsgericht.

Der "außen-geleitete" Menschentyp, wie er soeben charakterisiert wurde ¹⁾, widerspricht dem Menschen-Bild des Grundgesetzes. Das folgt daraus, daß dieser "Idealtyp" (im Sinne von Max Weber ²⁾) auf Manipuliert-Werden angelegt ist, nicht auf "Autonomie", auf eigenverantwortliche Lebenslenkung, wie es das Grundgesetz nach Ansicht seines berufenen Interpreten, des BVfG, verlangt ³⁾. Es stehen sich zwei Typen gegenüber, die zumindest vordergründig nicht vereinbar sind: ein empirischer Idealtypus,

86) Ein solcher Schuldausschließungsgrund ist auch nicht akzeptabel, kommt es doch im Bereich des Konsums darauf an, daß das Gefühl, frei zu sein, erhalten bleibt, obgleich in diesem Bereich der Mensch in hohem Maße unfrei ist. Servan-Schreiber, 21, spricht von einer "obsession continue".

1) Riesman, 268 ff., entwickelt Vorstellungen, wie unter der Hülle der Außen-Leitung "Autonomie" möglich werden kann. Hierauf wird zurückzukommen sein.

2) Vgl. Fußnote 74 zu II. Vgl. auch Winckelmann, Idealtypus, in: Bernsdorf, 438 ff.

3) BVfGE 5, 204.

der das Korrelat objektiv bestehender Interessen des ökonomischen Sektors der Gesellschaft ist und an dessen charakteristische Struktur die realen Menschen anzupassen deshalb eine Tendenz besteht; und eine normative Figur, der autonome Mensch, den es bislang nur theoretisch, als homo oeconomicus etwa, gegeben hat, der rational aus sich heraus und bezogen auf irgendwie in ihm ruhende und rational einander zugeordnete "Werte" handelt.

Ein so verstandener "autonomer" Mensch ist nach heutigen sozialpsychologischen Erkenntnissen undenkbar. Der konkrete Mensch kann im Gegensatz zu früheren Auffassungen nicht mehr als isoliertes, rational handelndes Individuum, sondern muß als ein nicht zuletzt von Einflüssen seiner natürlichen und sozialen Umwelt geprägtes Wesen gesehen werden, das durch diese Prägung notwendigerweise einen Teil seiner "Individualität" ⁴⁾ verliert, um in sozial tolerable Bahnen gelenkt zu werden, und das in umwelt- und gruppenspezifischer Weise. Das heißt, daß "der autonome Mensch", von dem Art. 1 Abs. 1 GG spricht, als Beschreibung eines Faktums Ideologie wäre, Ausfluß eines aufklärerischen Wunschtraumes. Deshalb kann, was aus Art. 1 Abs. 1 GG als einer Rechtsnorm folgt, er nur normativ verstanden werden, als Forderung danach, daß der Mensch, für den das Grundgesetz da ist, autonom sein solle, daß er sich in Richtung auf Autonomie entwickeln solle. Art. 1 Abs. 1 GG kann insoweit als "das Postulat der praktischen Vernunft" begriffen werden, mit der Zielrichtung, "daß jeder Mensch in Freiheit und in der Achtung der Freiheit der anderen Menschen sich selbst bestimmen solle", wie Schneider es formuliert hat ⁵⁾. Entscheidend an dieser Aussage ist, daß die Menschenwürde als ein Postulat, nicht als "theoretisch gewisse Wesensaussage" begriffen wird.

4) Es wird noch darzulegen sein, daß es eine solche als einem menschlichen Entwicklungsprozeß vorgegeben gar nicht gibt.

5) Schneider, Die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, 89.

Selbst dann, wenn das Grundgesetz von der ersten Alternative ausgegangen sein sollte, wäre es, nach dem oben entwickelten methodischen Prinzip, in Bezug auf Art. 1 Abs. 1 GG auf den in ihm enthaltenen "Impuls" abzuklopfen, der wohl nur der in der zweiten Alternative gezeigte sein könnte. Doch scheint diese Operation nicht nötig zu sein. Dürig weist mit Recht darauf hin ⁶⁾, daß Art. 1 Abs. 1 GG ein bewußter Bruch mit dem "liberalen Optimismus" sei, zu dem die Vorstellung von dem autonomen homo oeconomicus im übrigen gehört. Das Grundgesetz weiß, daß die Würde des Menschen gefährdet ist, und will, daß der Staat sich um sie kümmert. Wie versteht nun das BVfG diesen Impuls ? Hat es dazu beigetragen, ihn zu realisieren ? Ist von dem Gericht - und damit letztlich vom Grundgesetz - in dieser Richtung überhaupt etwas zu erwarten ? Gibt es die Möglichkeit hierzu, insofern als die Struktur der Grundrechte und des Art. 1 Abs. 1 GG auf das Verhältnis Bürger - Staat bezogen ist, während die Gefahren für die Autonomie, die Hindernisse auf dem Wege zu einer Entwicklung von mehr Autonomie doch augenscheinlich aus dem gesellschaftlichen Bereich kommen ? Oder kann man diese Unterscheidung nicht mehr aufrechterhalten ? Diesen Fragen gilt es jetzt nachzugehen. Dabei wird sich zeigen, daß das BVfG sein Verständnis des Verhältnisses Bürger - Staat dem optimistischen Liberalismus entlehnt, mithin der Position annähert, die oben als Ideologie bezeichnet wurde und so den Einzelnen gegen Einflüsse aus dem gesellschaftlichen Bereich freistellt, während es umgekehrt in dem Problemkreis der freiheitssichernden rechtsstaatlichen Institutionen den ihnen vom Liberalismus zgedachten Impuls preisgibt. Dieser Widerspruch, das sei vorab bemerkt, ist nur aus der Perspektive der Dominanz wirtschaftlicher Interessen heraus "aufgehoben" ⁷⁾.

6) Dürig, MDH, Rdnr. 2 zu Art. 1 Abs. 1 GG, Fußnote 1; ebenso Schneider, Die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, 83, 86.

7) Im Sinne einer Widersprüche "aufhebenden" Synthese.

- a) Die Aussagen des Gerichts über den Stellenwert der Menschenwürde im System des Grundgesetzes.

Das Bundesverfassungsgericht sieht in Art. 1 Abs. 1 GG eines der "tragenden Konstitutionsprinzipien" des Grundgesetzes, welches alle "einzelnen Bestimmungen" beherrscht" ⁸⁾, ein Bild, das zeigen soll, wie der Grundsatz der Menschenwürde einer anderen Verfassungsschicht, und zwar: einer höheren, zuzuordnen ist, als derjenigen, auf der sich etwa einzelne Grundrechte "bewegen" und von der her sie wirken, zumindest in der Gestalt, die sie im Grundgesetz gefunden haben, um die Möglichkeit eines Menschenwürde-Gehaltes jedweden Grundrechtes nicht auszuschließen. Die These des Bundesverfassungsgerichts von der besonderen Bedeutung des Art. 1 Abs. 1 GG findet ihre Bestätigung in Art. 79 Abs. 3 GG, wird unanfechtbar durch diese Bestimmung, die zugleich die Antwort darauf gibt, warum die Menschenwürde nur "ein" tragendes Prinzip der Verfassung ist.

"Herrschaft" verweist sodann auf ihr Korrelat, die "Diener-schaft" aller anderen Normen, der "beherrschten", die hiermit in einen funktionalen Zusammenhang gestellt werden mit Art. 1 Abs. 1 GG, den zu verwirklichen sie positiviert sind, der umgekehrt ihnen erst Sinn gibt, ihre Ratio ist ⁹⁾. Auch darin ist dem Gericht zu folgen, wird so doch der Sinn des "deshalb" in Art. 1 III GG deutlich. Zugleich wird zweifelhaft, ob es wirklich einen Menschenwürde-Gehalt der Grundrechte geben kann, wie etwa Dürig annimmt ¹⁰⁾, denn ob die Grundrechte mehr sein sollen als Dienst an der Menschenwürde erscheint als problematisch, womit noch nicht gemeint ist, daß in der sozialen Wirklichkeit kein Mehr an Freiheit möglich wäre, als menschliche Würde es verlangt, nur soviel, daß vielleicht das Mehr per

8) BVerfGE 6, 36. Beachtenswert erscheint, daß nahezu alle Aussagen des Gerichts über Art. 1 Abs. 1 GG recht früh gemacht wurden, so daß es scheinen könnte, als sei, seit etwa 7 Jahren, "alles in Ordnung" oder die Menschenwürde kein Problem mehr.

9) Es soll vorerst dahingestellt bleiben, inwieweit die Menschenwürde justiziabel ist.

10) Vgl. Dürig, MDH, RdNr. 6-9.

Grundrecht keinen Schutz genießt. Die Folgen etwa für Art. 14 GG wären kaum übersehbar, wenn die Erkenntnis unausweichlich wäre, daß Grundrecht auf Eigentum nur ist, was zur Sicherung der Menschenwürde dient ¹¹⁾. Es wäre sehr wahrscheinlich, daß Vorgänge, die heute noch Entschädigungsansprüche auslösen, zu solchen würden, die "natürliche" Sozialpflicht zeigten.

Ein weiterer Gedanke ist anzuschließen an den Hinweis auf andere "tragende Konstitutionsprinzipien", so das Prinzip des Rechtsstaates und die anderen des Art. 79 Abs. 3 GG. Denn anderenorts ¹²⁾ sagt das Gericht, daß freie menschliche Persönlichkeit und Würde "oberster Rechtswert" seien. Zulässigerweise ist zu unterstellen, die beiden Worte des Gerichts seien widerspruchsfrei ¹³⁾: "Der" oberste Rechtswert ist formuliert in "einem" tragenden Konstitutionsprinzip. Gleichrang also darf keineswegs verwechselt werden mit der Gleichwertigkeit. Mit dem Wert: 'die Würde des Menschen' ist nichts vergleichbar, die freie menschliche Persönlichkeit nur eines ihrer Elemente, möglicherweise auch: wesentliches Element. Auch dieses Wort läßt sich begründen aus dem Texte der Verfassung: Die Würde des Menschen zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Daneben gibt es nichts mehr, was "Verpflichtung" staatlicher Gewalten

11) Daß Eigentum in der Staatsrichtung ohnehin nicht dasselbe ist wie unter Privaten, arbeitet Rupp, Grundfragen, 240 ff. zutreffend heraus.

12) BvfGE 12, 53.

13) Das ist auch Meinung von Leibholz-Rinck, Rdnr. 1 zu Art. 1 GG, die beiden Sätze des Gerichts unvermittelt aneinanderreihen. Allerdings darf nicht verkannt werden, daß trotz der oben versuchten "Zusammen-Schau" die Annahme der Widerspruchsfreiheit von Art. 79 Abs. 3 GG her, nicht zur Gänze zweifelsfrei zu begründen ist. Doch entspricht sie einer in zivilistischen Urteilen oftmals auffindbaren Technik, eine durch Subsumtion unter die Normen des bürgerlichen Rechts gewonnene Entscheidung einer Endkontrolle unter dem Aspekt des in einer mit diesen Normen ranggleichen bürgerlichen Norm, nämlich der des § 242 BGB zu unterziehen.

ist. Mangel an Gleichwertigkeit trotz gleichen Ranges ¹⁴⁾: Das macht Normkonflikte undenkbar, zumindest in der Theorie. Konstitutionsprinzipien, wie etwa der Rechts- und der Sozialstaat, sind zu verstehen von "dem" obersten Werte her und auf ihn hin. Vor diesem obersten Wert, der eine Einheit ist, erweist ein jeder Konflikt sich als scheinbar ¹⁵⁾, als Produkt vorgängiger Befrachtung von Normen mit Gedankengut des Interpreten, der eine Norm nicht ständig prüft in Richtung auf Art. 1 I GG. So konnte der Verfassungsgeber, ohne Bedenken, zugleich den Rechts- und den Sozialstaat fordern und erheben in den - gleichen - Rang von tragenden Prinzipien. Eine Kollision ist - jedenfalls theoretisch - ausgeschlossen. Allerdings steht eine dieser systematischen Betrachtungsweise verbundene Interpretation sehr bald vor einer sehr schwierigen praktischen Aufgabe. Ist sie doch gehalten, alle Normen, Institute und Verfahrensmodi des Grundgesetzes jederzeit erneut auf ihre Tauglichkeit als Instrumente zur Verwirklichung einer menschenwürdigen Gesellschaft zu prüfen. Die Schwierigkeit der Aufgabe resultiert vor allem aus einer gegenläufigen Tendenz der psychischen Struktur: Menschen und Menschengruppen unterliegen dem Bedürfnis, "Ewigkeiten" im Sinne von nicht mehr befragten Selbstverständlichkeiten zu konstruieren. Die Sozialpsychologie spricht hier von einem "Trieb nach möglichster Konstanz der Umwelt" ¹⁶⁾, den Lorenz folgendermaßen beschreibt ¹⁷⁾:

"Es will nämlich scheinen, als ob auch Erfindungen und Entdeckungen, die durch Einsicht und rationale Exploration gemacht werden, den Charakter des Rituellen, ja Religiösen annehmen, wenn sie durch längere Zeit tradiert worden sind.

14) Auch Dürig erklärt die Werte des Art. 79 III GG als ungleich, vgl. Menschenwürde, 122, wo er der Bundesstaatlichkeit nur minderen Wert zuerkennt.

15) Jedenfalls vom theoretischen Ansatz her, während, bezogen auf die konkrete Rechtsposition eines Rechtssubjektes, auf seine Interessen, Konflikte schon denkbar sind.

16) Hofstätter, Gruppendynamik, 56, 60; Gehlen, 15.

17) Lorenz, Kultur als Norm und Auftrag, Feuilleton der Süddeutschen Zeitung vom 5./6./7.1.1973.

Untersucht man die herkömmlichen sozialen Verhaltensnormen einer Kultur, so wie sie im Augenblick vorgefunden werden, also ohne Einführung einer historisch vergleichenden Betrachtungsweise, so kann man unter ihnen solche, die zufällig entstandenen "Aberglauben" entstammen, nicht von solchen unterscheiden, die echten Einsichten und Erfindungen ihren Ursprung verdanken. Überspitzt könnte man sagen, alles, was über einige Zeiträume durch kulturelle Tradition überliefert wird, nimmt schließlich den Charakter eines "Aberglaubens" oder einer "Doktrin" an". Das zeigt die Möglichkeiten auf, wie es im Laufe der Zeit, die kontinuierliche Herrschaft einer Verfassung vorausgesetzt, in der Praxis zwischen der Verfassung und der durch sie organisierten gesellschaftlichen Wirklichkeit zu Spannungen kommen kann, solange der Mensch, dem Trieb nach möglicher Konstanz folgend, darum bemüht ist, einmal gebildete Selbstverständlichkeiten zu konservieren. Vehikel hierzu ist die Interpretation vorrangigen Rechts durch über nachgeordnetes Recht normativ gewordene oder in nachgeordnetem Recht normativierte "Selbstverständlichkeiten". So wird z. B. die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG mit dem Vorstellungsbild ausgefüllt, das der Interpret in den tradierten Normen des BGB angetroffen und internalisiert hat, oder - vorsichtiger formuliert - : Der Interpret ist ständig in Gefahr, derartiges zu tun ¹⁸⁾. So entsteht bei denen, deren Eigentumsinteressen durch eine - irgendeine - Änderung der eigentumsrechtlichen Normen des BGB nachteilig berührt sind, allein hieraus die "Überzeugung" einer Verfassungswidrigkeit. Zu einer Analyse der Funktionsfähigkeit der alten und der neuen Norm unter der Perspektive der Forderung des Art. 1 Abs. 1 GG kommt es dann kaum. Dabei wäre allein sie imstande, die Frage der Verfassungswidrigkeit der neuen Norm zu beantworten. Doch betrifft das Beispiel lediglich das Verhältnis des Verfassungssatzes zu nachrangigen Rechtsätzen.

18) Das moniert Rupp, Grundfragen, 235 ff.

Das BVerfG scheint sich dieser Gefahr bewußt zu sein, vgl. BVerfGE 24, 389, steht jedoch vor dem ohne Art. 1 Abs. 1 GG kaum lösbaren Problem, den "elementaren Bestand" der grundgesetzlichen Institutsgarantie feststellen zu müssen.

Schwieriger ist das Problem der verfassungswidrigen Verfassungsnormen.

Es entsteht nach dem für das Verhältnis von Verfassung zu einfachem Recht entwickelten Schema: Die Vorstellungen, "Selbstverständlichkeiten" des Verfassungsgebers von dem, was richtig ist, werden zur die Gesellschaft bestimmenden Verfassungsnorm innerhalb des Verfassungstextes.

Während der Interpret des Grundgesetzes seine Vorstellungen vom Eigentum nur in einen möglicherweise inhaltlich unbestimmten verfassungsgesetzlichen Eigentumsbegriff hineinlesen kann, kann der Verfassungsgeber, je nach Lage eines Problems und der Intensität seiner Selbstverständlichkeiten, diese mit mehr oder minder großer Präzision in die Verfassung hineinschreiben. Je präziser die Formulierung ist, desto geringer wird der Spielraum für Spannungslösung zwischen einander entgegengesetzten Normen und Instituten, desto größer wird "praktisch" das Risiko einer verfassungswidrigen Verfassungsnorm, obgleich ein solches Risiko theoretisch nicht existieren kann. Denn: Die Herrschaft des Art. 1 Abs. 1 GG läßt einen solchen Normkonflikt nicht zu, was etwa für die Frage nach dem Umfang zulässiger unmittelbarer Demokratie bedeuten könnte als, daß das schnelle argumentum e contrario aufgegeben werden muß, das aus der nur behaupteten Verknüpfung von "Abstimmungen" in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG und "dem" (!) Plebiszit des Art. 29 GG gewonnen wird ¹⁹⁾: Abstimmungen könnten, über Art. 29 GG hinaus, immer dann vom Grundgesetz gefordert sein, wenn hierdurch Macht von Menschen über Menschen abgebaut wird.

Das Beispiel zeigt, wann eine Verfassungsnorm verfassungswidrig ist, dann nämlich, wenn ihr Wortlaut so eindeutig ist, daß Interpretation in Richtung auf die Menschenwürde nicht mehr vollzogen werden kann, womit das Problem theoretisch wird, denn: die Möglichkeiten juristischer Interpretation sind fast unbegrenzt. Das, was die Menschenwürde fordert, ist in hohem Maße unbestimmt. Und schließlich

19) Vgl. Maunz, MDH, Rdnr. 53 zu Art. 20.

hemmt eine "Selbstverständlichkeit", eine herrschende Meinung, den Denkprozeß, der von ihr wegführt. Aus diesen Ausführungen erhellt, worin der eigentliche Grund dafür zu sehen ist, daß die Rechtsanwendung in der Regel nichts anderes ist als die Verwirklichung "der sozial, politisch und weltanschaulich fundierten Wertgrundlage der Gesamtordnung", wie es Rüthers nachgewiesen hat ²⁰⁾. Je weiter oben in der "Pyramide des Rechts" eine Norm steht, desto offener ist sie regelmäßig. Offenheit ist Unklarheit hinsichtlich ihrer normativen Aussage. Diese Unklarheit zu beseitigen, besteht ein allgemeines individuelles und kollektives Interesse, denn dem Bedürfnis "nach möglicher Konstanz der Umwelt" ²¹⁾ ist ein anderes vorgelagert, das auf Strukturierung der Umwelt gerichtet ist, ein "horror vacui" ²²⁾. Da von den Normen, die innerhalb der Pyramide oberhalb der fraglichen stehen, auf Grund noch größerer "Neutralität" inhaltliche Auffüllung nicht zu erwarten ist, gibt es nur eine praktikable Lösung, durch die der "horror vacui" beseitigt werden kann: Die "Neutralität" einer höheren Norm weicht ihrer Anreicherung mit den Gehalten der nachgeordneten Normen oder mit Vorstellungen, die auf Grund nachgeordneter Normen entwickelt worden sind. Dasselbe gilt an der wie immer zu bestimmenden Grenzlinie zwischen Rechts- und bloß sozialen Normen. Das heißt, daß Normgehalte in der Regel eine aufsteigende Tendenz haben ²³⁾. Von ihrer Unterstützung im sozialen Feld einerseits und der "Präzision" bestehender Normen andererseits hängt es ab, "wie hoch ein Normgehalt steigt". In den von Rüthers unter-

20) Rüthers, 437. Inwiefern seine Folgerungen nach Ansicht des Verfassers zu weit gehen, ist bereits dargestellt worden.

21) Vgl. Fußnote 16.

22) Hofstätter. Sozialpsychologie, 162.

23) Sie entstehen beispielsweise in der politischen Diskussion, werden für das Recht "fruchtbar" gemacht, dringen in Generalklauseln oder modifizieren herrschende Meinungen, werden gesetzlich fixiert und schließlich Bestandteil des Sozialstaatsprinzips. So etwa der Mitbestimmungsgedanke.

suchten Fällen war offensichtlich die Unterstützung von Normgehalten im sozialen Feld ²⁴⁾ sehr stark, die inhaltliche Verfestigung von vorgeordneten Normen entsprechend schwach, wobei zu bemerken ist, daß diese beiden Fragen zueinander in Korrespondenz stehen. Je stärker das Bedürfnis des Interpreten ²⁵⁾ ist, einen bestimmten Gedanken juristisch durchzusetzen, desto mehr Möglichkeiten "sieht" er im allgemeinen, eine Norm, die entgegenzustehen scheint, zu interpretieren. Das heißt umgekehrt, daß nur inhaltlich verfestigte Normen eine Chance haben, sich gegenüber Vorstellungen von dem, was sein soll, durchzusetzen, d. h. einer Neuorientierung "der sozialpolitisch und weltanschaulich fundierten Wertgrundlage der Gesamtordnung" zu widerstehen. Diese Möglichkeit wird erheblich geringer, wenn erst einmal ein neuer Gedanke in einem Gesetz Ausdruck gefunden hat. Aber immerhin ist dann noch ein argumentum e contrario aus der neuen Norm möglich, die somit auf eine Ausnahmeregelung beschränkt bleibt. Ein zweites Gesetz legt bereits die Analogieschluß zu der neuen Norm, eine restriktive Interpretation oder gar eine teleologische Reduktion der tradierten "verfestigten" Norm, nahe.

Die "Neutralität", die insbesondere den Grundrechtsteil des GG auszeichnet, zeigt, wie groß die Chance "aufsteigender Normgehalte" ist, sich durchzusetzen ²⁶⁾. In dem hier interessierenden Zusammenhang zeigt das, daß die Frage, die für die "Praxis" (im Gegensatz zu einer systematischen Betrachtung des "Wertsystems" des GG) bejaht wurde, letztlich doch wieder theoretisch ist, die Frage

24) Charakteristischerweise hieß das Zentrum dieser Bewegung "Bewegung.

25) Dieses (innere) Bedürfnis kann auch auf (äußerem) Zwang beruhen.

26) Hieraus lassen sich eine Reihe von Folgerungen ableiten, wie etwa die, daß Verfassungsbeschwerden gegen neue Gesetze, wenn sie nicht Systemfehler enthalten (Art. 3 Abs. 1 GG), weniger Aussicht auf Erfolg haben als solche gegen "alte" Gesetze (Apotheken- und Sammlungsrecht), deren Normgehalte "unmodern" geworden sind. Darüber hinaus ergeben sich Interpretationshilfen etwa zu Art. 3 Abs. 2 GG im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 1 GG (Frauenarbeit, männliche Homosexualität).

nämlich, ob verfassungswidrige Verfassungsnormen denkbar sind. Die "neue" Verfassungsnorm, diejenige die einen neuen Normgehalt in das Verfassungsrecht hinein formuliert hat, könnte nur dann als verfassungswidrig verworfen werden, wenn sie dort auf eine Norm stieße, die inhaltlich sehr stark verfestigt ist, denn das Bedürfnis nach dem neuen normativen Gehalt war ja immerhin so stark, daß es zu einem neuen Verfassungssatz geführt hat. Das zeigt, wie wenig wahrscheinlich eine verfassungswidrige Verfassungsnorm oder, nach Prüfung und Verneinung einer solchen Frage in einem konkreten Fall, eine "verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung" ²⁷⁾ ist.

Damit taucht die Frage nach dem Inhalt des Art. 1 Abs. 1 GG auf. Oder: Damit könnte sie sogleich beantwortet sein. Art. 1 Abs. 1 GG würde nichts Spezielles sagen und der Auffüllung mit irgendwelchen materiellen Vorstellungen harren. Jeder politische Gedanke und jede politische Richtung hätten die Chance, sich nach vorhergehender "Projektion" in der "Höhe" der Forderung nach Menschenwürde wiederzufinden. Art. 1 Abs. 1 GG wäre dann ein Instrument zur Legitimierung - beinahe - x-beliebiger Herrschaft. Das jedoch scheint der Sinn seiner Normierung im Verfassungsgesetz nicht zu sein, das ja, nach den Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus, eine neue Welt errichten wollte. Und deshalb versteht das BVfG diese Bestimmung auch zu Recht als "obersten Wert", der bis in alle Verästelungen des Rechtssystems "ausstrahlen", sie "beherrschen" soll. Das heißt, daß hier ein Ziel staatlichen Handelns gegeben ist, daß jener fragwürdigen und inhaltlich offenen "aufsteigenden Tendenz von Normgehalten" widerstehen, das unter ihnen selektieren soll.

Es bleibt deshalb festzuhalten, wie der "oberste Rechtswert" der Verfassung funktioniert: Er dirigiert den Staat. Es soll "das ganze Leben unter dem Vorzeichen der Würde des Menschen stehen". Es sollen "alle Rechtsnormen ... bei

27) Häberle, Abhörentscheidung, JZ 71, 145 ff. Insoweit ist der Kritik Oppermanns zu folgen. Auf Häberles materielle Einwendungen ist noch zurückzukommen.

ihrem Ergehen und ihrer Anwendung in Einklang mit diesem obersten Grundsatz gebracht werden" ²⁸⁾. Tritt ein Konflikt auf zwischen "verschiedenen Werten", ist er von der Menschenwürde her zu lösen, woraus sich erhellt, daß es nur einen "Wert" gibt, die Menschenwürde, daß alle anderen "Werte" Erscheinungsformen des einen Wertes sind, geprägt jeweils, um Gefährdungen der Menschen zu verhindern, die der historische Prozeß hat sichtbar werden lassen. Aussagen darüber, daß ein Wert "niedrig", "hoch", "höher" oder "höchst" sei, vereinfachen das Verhältnis der Rechtswerte zueinander, ohne zu schaden, wenn ihre Verwendung begleitet wird von der Erkenntnis, daß "Höhe" auf Intensität (Quantität und Qualität) des Dienstes an der Menschenwürde zielt. So entfalten sich die Normen des Rechts von der Menschenwürde bis "hinab" zu Vorschriften etwa über den Begründungszwang für schriftliche Verwaltungsakte. Alle sind auf ihre "Leistungskraft" für die "oberste" Forderung hin immer wieder zu überprüfen, wobei die Frage, was "Menschenwürde" denn materiell bedeute, bei deren Neutralität das entscheidende Problem aufwirft, dem nunmehr nachzugehen ist. "Das Postulat der menschlichen Autonomie bildet keineswegs den Ausgangspunkt für eine rein intellektuelle Operation, kraft deren das System der Verfassung, ja der Rechtsordnung im Ganzen aus einem obersten Grundsatz entfaltet werden könnte" ²⁹⁾. Die Auffassung des BVfG, daß es sich um ein "Wertesystem" handle, ist insoweit nur gedankliche Hilfe, allerdings auch nicht im Sinn einer "Hierarchie von Vorzugsregeln für Konfliktentscheidungen", wie Luhmann meint ³⁰⁾. Eine solche Annahme scheitert an der inhaltlichen Unbestimmtheit und daran, daß die Verhältnisse der Normen zueinander, auch der Normelemente zueinander in einem sorgfältigen Verfahren ermittelt werden müssen, wobei es weitgehend unmöglich ist, die

28) v. Mangoldt-Klein, Art. 1 GG, Anm. III, 1 b.

29) Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, 101; vgl. auch Schneider, Die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, 89, 92.

30) Luhmann, 74, Fußnote 57. Soweit hiermit Gesichtspunkte getroffen sind wie etwa der Vorrang des Gesetzes, ist das keine Frage im Zusammenhang mit dem "System der Werte".

Position innerhalb der Hierarchie anzugeben, da es im wesentlichen um einen schonenden Ausgleich der Spannungslagen geht. Gerade für diesen aber ist die gedankliche Annahme eines Systems von Werten, die alle zu einem, der Menschenwürde, in Bezug zu setzen ist, als Forderung ein brauchbares Vehikel.

- b) Die "Nur-Zwei-Beziehungslehre" des Gerichts zu Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG.

Es ist bislang, in Anlehnung an Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts, ein Systemzusammenhang grundgesetzlicher Normen entwickelt worden: Der Grundsatz der Menschenwürde produziert Normen und Normkomplexe, reagierend auf Gefahren, die im historischen Prozeß dem Menschen entstehen ³¹⁾. Deshalb wirft Art. 1 Abs. 1 GG ein auslegungsleitendes Licht auf alle Normen des Rechts ³²⁾.

Die Vermutung stellt sich deshalb ein, daß das Bundesverfassungsgericht sich mit der Frage befaßt hat und immer wieder befaßt, was denn die Menschenwürde sei, was ihre Grenzen und Bedingungen. Doch widerlegt ein Blick auf die Äußerungen des Gerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG diese Vermutung. Sie sind ebenso spärlich wie inhaltsleer ³³⁾:

Die Würde des Menschen bestünde in seiner "Fähigkeit eigenverantwortlich zu leben" ³⁴⁾. Was es mit der Fähigkeit

31) Von hierher glaubt Zippelius BGG, Anm. 8 zu Art. 1 GG, eine hermeneutische Richtschnur für Art. 1 GG gewinnen zu können, indem er Gefahrenlagen prüft, die einmal entstanden sind. Das ist im Ansatz richtig, übersieht aber, daß Gefahren, die in der Vergangenheit entstanden sind, in der Regel durch Schaffung konkreter Normen bekämpft wurden, so daß ein Rückgriff auf Art. 1 I GG nicht nötig ist, dementsprechend könne auch nahezu alle Beispiele Zippelius' anderen Grundrechtsnormen zugeordnet werden, zumal dann, wenn man mit dem BVfG den Verfassungsrang der Verhältnismäßigkeit bejaht.

32) Allein die ständig vor allem unter Rückgriff auf Ergebnisse der Rechtstatsachenforschung kontrollierte Auswirkung einer Norm, bzw. ihrer Interpretation vermag danach der Gefahr zu begegnen, daß die Folgen einer Norm in der Praxis mit der Forderung des Art. 1 Abs. 1 GG in Widerspruch geraten.

33) Vgl. hierzu die Zusammenstellung bei Leipholz-Rinck, Anm. zu Art. 1 GG.

34) BVfGE, 5, 204.

zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung auf sich hat, erfährt man nicht. Es wird darauf zurückzukommen sein.

Immerhin sagt nämlich das Gericht, was es unter Achtung und Schutz der Menschenwürde versteht ³⁵⁾: "Achtung" beziehe sich auf das unmittelbare Verhältnis des Staates zum Menschen, fordernd, daß der Staat Attacken auf den Bürger unterlasse, während "Schutz" ein positives Tun verlange, wenn nichtstaatliche Kräfte, "die anderen", dem Menschen entwürdigend begegnen.

Das Gericht zerlegt die Formel von "Schutz und Achtung" der Menschenwürde, gemacht um die Beziehung aller staatlichen Gewalt zum "obersten Rechtswert" zu beschreiben, und formuliert eine "Nur-Zwei-Beziehungslehre". Ihr gilt es nachzudenken, da sie Grundpositionen des Gerichts enthüllt, die nicht mehr haltbar sind.

Schon ein Blick auf die Worte "Schutz" und "Achtung" erweist die Interpretation des BVfG's als äußerst fraglich: "Achtung" vor einem alten Menschen etwa verlangt mehr, als ihm eine Türe nicht vor's Gesicht zu schlagen, verlangt doch, daß man sie ihm aufhält, positives Tun mit hin. Und "Schutz" z. B. einer Landschaft ist nicht nur das Anbringen von Ge- und Verbotsschildern, sondern auch das Einsetzen von Landschaftsschützern und Förstern, der Ankauf von Insektenvertilgern usw. "Schutz" und "Achtung" deuten deshalb schon vom Wortlaut her auf eine einheitliche Formel, geeignet, den Dienst der Staatsgewalt an der Würde des Menschen umfassend zu beschreiben.

Gleichwohl: Die herrschende Meinung hat dem Gericht die Gefolgschaft nicht verweigert ³⁶⁾, wie es scheint, ohne über die Bedeutung der "Nur-Zwei-Beziehungslehre" nachzudenken. So fordert diese in der ersten Beziehung bloßes Nichts-Tun, passives Achten (!). Ein solches wird dort problematisch, wo der soziale Prozeß ein Rechtsinstitut

35) BVfGE 1, 104.

36) Dürig, MDH, Rdnr. 2 zu Art. 1 Abs. 1 GG; Hamann, A 4, 5 zu Art. 1 Abs. 1 GG; v. Mangoldt-Klein, Anm. III, 5 zu Art. 1 GG; Nipperdey, 27 f.

an praktischer Wirksamkeit verliert, derart, daß nicht etwa "andere" seine Benutzung hindern, sondern so, daß es faktisch dem Menschen nicht mehr dient, weil dieser es - aus welchen Gründen auch immer - nicht mehr in Anspruch nimmt, obgleich es "an sich", theoretisch nach wie vor geeignet erscheint, den Bürger gegen den Mißbrauch von Staatsgewalt durch deren Verwalter zu schützen.

Zu denken wäre insofern zum Beispiel an ein Problem aus dem Bereich der Diskussion um die Verbandsklage: Der Rechtsschutz des Bürgers ist nach in der Vergangenheit gemachten Erfahrungen mit der Staatsgewalt ausgestaltet. Ob und in welchem Umfang er wirksam werden kann, hängt wesentlich von den Fragen ab, ob die möglichen Angriffsformen des Staatshandelns sich nicht verändert haben (nur dann kann ein früher entwickeltes Instrumentarium zur Verteidigung der Bürgerfreiheit sinnvoll bleiben!), oder ob die Organisation des Rechtsschutzes auf tragfähigen Einsichten in zukünftige Entwicklungen beruht, so daß sie neuen Bedrohungen durch das Angebot neuer Verteidigungsmittel begegnet. Ob das gegenwärtige auf den Individualrechtsschutz zugeschnittene Rechtsschutzsystem in dieser Hinsicht ausreicht, erscheint als fraglich, wenn man an Probleme der Stadtentwicklung oder des Umweltschutzes denkt, wo jeweils für den Einzelnen essentielle Entscheidungen getroffen werden, ohne daß er - oftmals - auch nur die Möglichkeit zur Verteidigung hat, sei es weil eigene und unmittelbar betroffene Rechtspositionen nicht mit der nötigen juristischen Bestimmtheit festgestellt werden können, sei es auch nur wegen des auf Grund der immensen Streitwerte für den Einzelnen untragbaren Kostenrisikos. Es bietet sich in solchen Fällen an, den Staat aus Art. 1 Abs. 1 GG heraus für verpflichtet zu halten, die Zulässigkeit einer Verbandsklage zu normieren. Die Annahme, Art. 19 Abs. 4 sei bereits die "Krönung des Rechtsstaates", ist durchaus zweifelhaft. Zugleich rückt in den Bereich des durchaus Vertretbaren, daß in "der ersten Beziehung" des Staates zur Menschenwürde durchaus Handlungspflichten entstehen können.

Vorab ist jedoch einem prinzipiellen Einwand zu begegnen, der aus der marxistischen Sehweise gegenüber bürgerfreundlicher Reform des kapitalistischen Systems vorgetragen wird und dahingeht, daß solche Reformen ausgeschlossen sind, die das Verwertungsinteresse des Kapitalisten bedrohen könnten. Da nach marxistischer Auffassung dieser den Staat beherrscht, ist jede Beschränkung der Staatsgewalt, die auch in seiner Bindung an das Recht gesehen werden muß, zugleich eine Beschränkung der Macht des Kapitalisten, wengleich diese in erster Linie in der Gesetzgebung sich entfaltet. Demnach ist der Staat tendenziell reformunfähig und erscheint die Auffassung, der Staat habe ständig seine Institutionen zu überprüfen³⁷⁾, illusorisch. Es wäre mithin bereits an dieser Stelle die Diskussion um die Menschenwürde und die Möglichkeiten ihrer Verwirklichung am Ende. Der Gedanke ist einfach: Das Interesse "des" Menschen wird dem des Kapitalisten entgegengesetzt. Ein kapitalistischer Staat wird definiert als ein Staat, in dem Kapitalisten und deren Interessen dominieren. Wenn sich nun herausstellt, daß ohne Mitwirkung des Staates eine Wirtschaft, wie das in der Bundesrepublik Deutschland der Fall ist, nicht mehr funktionieren kann, kann diese Mitarbeit naturgemäß nur Dienst am Interesse der Kapitalisten sein, folglich Aktion gegen das Interesse des Volkes, des Menschen und seiner Würde. Das wird entweder behauptet: "Die Planung im kapitalistischen Wirtschaftssystem entfaltet keine Eigendynamik, die von den Verwertungsinteressen der ökonomisch und politisch herrschenden Klasse abzulösen ist"³⁸⁾. Und: Die Verlagerung der Kompetenz zur Feststellung allgemeiner wirtschaftlicher Zielfunktionen vom Bereich "privater Unternehmen auf den der staatlichen Wirtschaftspolitik" sei ein verschleiernendes "Scheinmanöver". "Es verschleiert, weil der Rahmen für die politische Ermittlung der wirtschaftlichen Gesamtinteressen durch die "freiheitliche Grundordnung", d. h. konkret (!!): die gesellschaftliche

37) Schneider, Die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, 92.

38) Fangmann, 4.

Selbständigkeit des Produktivkapitals ... präformiert wird, so daß die wirtschaftspolitischen Entscheidungen immer zugunsten der Kapitalexpansion und -rentabilität ausfallen müssen" ³⁹⁾. Oder es wird wenigstens der Versuch einer Begründung unternommen ⁴⁰⁾, indem gesagt wird, jeder Versuch einer Strukturpolitik zugunsten des Menschen müsse, sofern er sich nicht als Revolution entfaltet, an der Gefahr eines "Investitionsstreiks der Kapitalistenklasse" scheitern.

Diese Ableitungen, so sehr sie im Detail auf schwache Punkte des kapitalistischen System aufmerksam machen, gehen alle davon aus, daß das kapitalistische System auf Wachstum ausgerichtet sei und würde. Das ist in der Darstellung der besonderen Merkmale des ökonomischen Sektors der modernen Industriegesellschaft als richtig unterstrichen worden, wenn sich auch herausstellte, daß genau dasselbe für eine hochentwickelte sozialistische Wirtschaft gilt. Damit wird jedoch der Angelpunkt der Argumentation bloßgelegt: Was in einem kapitalistischen System naturnotwendig dem Menschen abträglich ist, das Wirtschaftswachstum, das kommt ihm im sozialistischen System ebenso naturnotwendig zugute. Beide Behauptungen sind falsch. Entscheidend vielmehr ist, ob das Wachstum sich an den Bedürfnissen des Menschen orientiert. Es ist zuzugeben und zugegeben, daß die Gefahr einer Emanzipation des Wachstums von den Interessen des Menschen, die für die hier anzustellende Betrachtung nicht definiert zu werden brauchen, besteht. Aber ebenso, wie es dem ökonomischen Bereich gleichgültig ist, ob er entgegen dem menschlichen Interesse wächst, ist es ihm auch gleichgültig, ob er verbündet mit diesem Interesse wächst. Das heißt, daß aus dem Wachstumsinteresse des Industriesystems, auf das allein es hier wie insgesamt ankommt, gar kein Grund besteht, sich etwa einer Strukturpolitik per Investitionsstreik zu widersetzen, wenn nur sichergestellt ist, daß Wachstum möglich bleibt. Dafür gibt es allerdings eine

³⁹⁾ Huffschnid, 134/5.

⁴⁰⁾ Baran, 80-84.

unerläßliche Bedingung, die aber zu erfüllen ist: Die Wirtschaft braucht Zeit, um sich den strukturpolitischen Maßnahmen anzupassen. So stellt sich etwa die gesamte Tabakindustrie langsam um und steigt über in die Massenmärkte der Lebensmittel- und Kosmetikbranche ⁴¹⁾. Wenn in einigen Jahren ein Verbot des Rauchens kommt, wird die Tabak-Industrie hiervon nicht mehr betroffen sein. Ähnliches gilt von der Umstellung von Kraftfahrzeugen auf umweltfreundliche Motoren.

Bei Einhaltung dieser Bedingung kommt es nur noch auf die Wachstumschance an. In Bezug auf sie ist aber nicht einzusehen, warum sie bei einer Strukturpolitik nicht oder in geringerem Maße vorhanden sein sollte, die auf die Beseitigung dessen zielt, was in der Diskussion als "öffentliche Armut" erscheint. Hier eröffnen sich nicht nur der Bauindustrie (Schwimmbäder, Altersheim usw.), sondern vor allem der chemischen Industrie (neue Materialien) und der Elektro- und Elektronikindustrie (Lehrmittel in Schulen, Apparaturen in Krankenhäusern, elektronische Leitsysteme im Straßenverkehr) und so ziemlich allen anderen Industrien Wachstumsmöglichkeiten. Daß im übrigen nicht alle Bereiche der Wirtschaft in gleichem Maße profitieren würden, liegt in der Natur einer Strukturpolitik. Sie muß nur Wachstum insgesamt ermöglichen. Dann ist ein "Investitionsstreik der Kapitalistenklasse" nicht zu erwarten, deren Interesse im übrigen eine "Verbesserung der Lebensqualität" nicht zuwiderliefe. Es erscheint sogar sachgemäß zu sagen, daß allein eine hochentwickelte Wirtschaft mit einem Industriesystem für eine solche Strukturpolitik aufnahmefähig ist. Denn es ist Tatsache, daß die Elemente des Industriesystems "Mischkonzerne" ⁴²⁾ sind, bzw. ein starker Prozeß in diese Richtung besteht. Das heißt, daß diese Konzerne prinzipiell nicht darauf angewiesen sind, mit bestimmten Produkten Geld zu verdienen. Sie brauchen nur, um es noch einmal zu betonen, Zeit, um sich auf strukturelle Maßnahmen ein-

41) "Spiegel", 20/70, S. 158/9.

42) Sog. "conglomerates", vgl. hierzu Huffschnid, 61 ff.

zustellen. Der von der mittelfristigen Finanzplanung umspannte Zeitraum von vier Jahren reicht hierzu nicht aus. In der Diskussion wird hierfür ein Planungshorizont von 10 bis 15 Jahren gefordert ⁴³⁾. Ein solcher dürfte akzeptabel sein, nicht nur für das Industriesystem, sondern auch aus der Struktur und den Kosten öffentlicher Investitionen. Auf weitere Abhängigkeiten des Industriesystems von "der Politik" wurde bereits hingewiesen (Rohstoffquellen, qualifizierte Arbeit), so daß marxistischen Kritikern nur zugegeben werden kann, daß die Abhängigkeiten des politischen Teilsystems vom ökonomischen größer sind als umgekehrt und daß deshalb Strukturpolitik nicht leicht ist, weil jedes funktionierende Teilsystem ein starkes, veränderungsfeindliches Bestandsinteresse ⁴⁴⁾ entfaltet, insbesondere wenn es sich um ein gesamtgesellschaftlich wichtiges Teilsystem handelt. Das aber bedeutet nicht Unmöglichkeit der Strukturpolitik ⁴⁵⁾. Es ist in diesem Bereich die Interdependenz von Staat und Gesellschaft "asymmetrisch" zu denken, zugunsten der Wirtschaft, während in anderen Bereichen, denen der "Daseinsvorsorge", die Abhängigkeit des Bürgers vom Staat größer ist als die entgegengesetzte, d. h. asymmetrisch zugunsten des Staates, aber eben doch Interdependenzen entstehen, die dazu zwingen, Rechtsinstitute umzudenken, wenn sie gegründet sind auf der Vorstellung, daß Gesellschaft und Staat zu Trennendes seien. So kann denn Art. 19 IV GG dort leerlaufen, wo ein Bürger angewiesen ist auf Leistungen "des" Staates, auf schnelle Bearbeitung von Anträgen und freundliche Ermessensakte, auf Vergabe von Bauaufträgen und ähnliches.

43) Reiner mann, 106.

44) Hinter dem - individualpsychologisch - wieder das "Bedürfnis nach Konstanz der Umwelt" stehen dürfte!

45) Zu Recht weist Servan-Schreiber, 56, darauf hin, daß diesem kapitalistischen System, dem vielgeschmähten, immerhin schon einiges abgerungen ist: "L'enseignement obligatoire et gratuit, l'interdiction de faire travailler les enfants à l'usine, la limitation générale de la journée de travail, l'impôt progressif sur le revenu". Und es sind hinzuzufügen etwa das Mitbestimmungsrecht und das Sozialversicherungssystem.

"Der Kampf um's Recht" endet an der Grenze der Opportunität. Und durchaus inopportun kann es sein, gegen eine Stadtverwaltung in einem Rechtsstreit zu gewinnen, wenn etwa am nächsten Tage Dispens von einem Bebauungsplan erstrebt wird. Denn "der Staat" wird von Menschen verwaltet, imstande, sich zu ärgern und nachzutragen, ein Faktum, das die Verwaltungsrechtslehre übersieht, wenn sie Verwaltungsakte als Emanation "der" Staatsgewalt versteht, unabhängig vom Willen und Wollen des Beamten. So bleibt dann, aus der Not des Beweises, nur Abwehr von Mißbrauch, anstatt, mit höchster Aufmerksamkeit, sich der Befangenheit anzunehmen, aus dem Wissen, daß der Staat durch Menschen handelt, immer und überall, mit Vorurteilen in konkreten Situationen, gegenüber konkreten Einzelnen oder Gruppen, die oft bewirken, daß eine Entscheidung, obzwar in den Grenzen des Ermessens, nicht frei, sondern zwanghaft erfolgt, ermessensunterscheidend zwar, aber unbeweisbar, wie es sich massenhaft ereignet haben dürfte, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, in der Konfrontation der Polizei mit den Studenten. Leider liegen bislang, veröffentlicht, allein Untersuchungen über die Vorurteile der Studenten gegenüber der Polizei vor ⁴⁶⁾. Die entsprechende Untersuchung des polizeilichen Gruppenvorurteils ⁴⁷⁾ könnte wichtige Erkenntnisse erbringen für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns. Der Richter vermag hier klarzusehen erst dann, wenn die Wissenschaft ihm Maßstäbe der Entscheidung gibt. Es liegt nahe, vom Staate zu verlangen, daß er hier tätig wird, indem er entsprechende Forschungsvorhaben in Gang bringt. Eine andere, hier nicht zu erörternde Frage ist, ob der Einzelne hierauf, etwa im Rahmen eines Beweisverfahrens, einen Rechtsanspruch haben könnte. Im Nebeneffekt würde das dazu beitragen, die Verdrängung sozialpsychologischer Erkenntnisse durch den

46) "Zeit" vom 3.10.1969, S. 73

47) Allgemein zur Frage und zur Tendenz von Gruppenvorurteilen: Hofstätter, Gruppendynamik, 98 ff.

Juristen ein wenig aufzuheben und auch manches Strafverfahren "gerechter" ausgehen zu lassen, da in solchen sehr oft die Polizeibeamten die entscheidenden, weil für objektiv gehaltenen Zeugen sind, wobei übersehen wird, daß sie als Mitglieder einer sozial relativ klar abgegrenzten Gruppe (Uniform !) mit Sicherheit starken Gruppenvorurteilen unterliegen⁴⁸⁾. Hier bleibt festzuhalten, daß die Möglichkeit des Beleidigt-Seins, der rächenden Reaktion auf erfolgreiches Prozessieren sehr oft, jedenfalls bei "kleineren" Rechtswidrigkeiten der staatlichen Gewalten, ausreichen wird, um sie hinzunehmen, um sich zu "arrangieren", nach den Regeln des do-ut-des dann, wenn auch die Gemeinde dem Bürger etwas zu bieten hat. Dieses Problem, die Gefahr der Aushöhlung des Rechtsstaates, ist Ausgangspunkt der Diskussion um einen "Ombudsman", um das Verbot einer sachwidrigen Koppelung oder darum, wie bei der Gemeindefinanzreform die Gemeinden vom Gewerbesteueraufkommen unabhängig gemacht werden können. Jedes "Arrangement" verhüllt einen Akt staatlicher Willkür, einen Ausbruch des Staates aus der ihn konstituierenden Norm. "Das Verwaltungsrecht ist in ... (dem Beziehungskomplex Verwaltung-Bürger) kein 'Verbotsrecht', das alles für rechtlich erlaubt erklären kann, was nicht rechtlich verboten ist, ... sondern umgekehrt ein 'Gebotsrecht', das für verboten erklärt, was der Verwaltung nicht geboten ist"⁴⁹⁾. Gerade, wenn man dem rechtsstaatlichen Anliegen Rupp's folgt, das Gesetzmäßigkeitsprinzip und den Verwaltungsrechtssatz zu "subjektivieren"⁵⁰⁾, entsteht die Notwendigkeit, auf die Bedingtheiten des Rechtssubjektes Bürger zu achten, damit

48) Diese werden umso ausgeprägter sein, je mehr in einer Frage die Polizei auf der Rampe der Öffentlichkeit agiert, so etwa im Zusammenhang mit der Baader-Meinhof-Fahndung. Ob hier "gute" Urteile zu erwarten sind, ist zweifelhaft. Das erste jedenfalls, die Randfigur Hoppe betreffend, läßt daran zweifeln. Vgl. "Spiegel", 32/72, S. 30.

49) Rupp, Grundfragen, 209.

50) Rupp, Grundfragen, 104 ff.

nicht unversehens der Rechtsstaat in Gefahr gerät. Deshalb muß der Staat als verpflichtet angesehen werden, Vorstellungen und Modelle zu entwickeln, zu prüfen und zu realisieren, die den Menschen wieder absichern gegen sich entfesselnde Staatsgewalt, um diese wieder einzubinden in das Recht ⁵¹⁾. Es handelt sich dabei um eine Rechtspflicht des Staates, die aus einem Rechtssatz, Art. 1 Abs. 1 GG, abgeleitet wird ⁵²⁾. Daß ihr nicht notwendig ein anspruchsberechtigtes Subjekt an die Seite zu stellen ist, wurde bereits angedeutet, folgt im übrigen aus der Natur der Rechtsnorm, die von ihrer "Verpflichtungsseite" her definiert ist, der nicht notwendig ein auf Pflichterfüllung gerichteter Anspruch eines konkreten Rechtssubjektes gegenüberstehen muß. Das zeigen etwa Kompetenzverteilungsnormen ⁵³⁾.

Nur am Rande sei angemerkt, daß es selbstverständlich ein beachtlicher Schritt auf dem Wege zur Einbindung staatlicher Gewalt in das Recht ist, wenn von einer bloß objektiv-rechtlichen Bindung abgegangen und dem Verpflichteten auch ein berechtigtes Subjekt gegenübergestellt wird. Eine Verpflichtung, sich in diese Richtung zu bewegen, dürfte ebenfalls in Art. 1 Abs. 1 GG anzusiedeln sein, da hierdurch der Bürger aufhört, bloßes Objekt staatlichen Handelns zu sein. Insofern erfüllt die Rechtsprechung eine aus Art. 1 Abs. 1 GG entspringende Pflicht, wenn sie eine Vermutung dahingehend aufstellt, daß ein Rechtssatz, der

51) Das gilt auch in Bezug auf die Verwaltungsorganisation, die "effektiv" sein muß im Sinne humaner Verwaltungszwecke. Vgl. etwa die Diskussion um die staatliche Mittelinstanz bei Armbruster, 30; Michel-Stich, 274.

52) Es wird noch zu zeigen sein, warum das Rechtsstaatsprinzip als Sitz dieser Pflicht nicht in Betracht kommt.

53) Rupp, Grundfragen, 99. Ähnliches gilt für alle Normen, die, im Zivilrecht, Obliegenheiten formulieren, oder, im öffentlichen Recht, dem Bürger nicht auch einen subjektiven Status zuwenden.

objektiv die Interessen eines Personenkreises schützt, auch in deren Interesse ergangen, mithin Sitz eines subjektiven Rechtes ist ⁵⁴⁾. Insoweit kann man argumentieren, daß eine grundsätzliche Verpflichtung besteht, in Verwaltungsgesetzen, die Bürger-Interessen schützend berühren, subjektive Rechte zu normieren.

Das sind bereits Aktivitäten des Staates in der "ersten Beziehung", Verpflichtung zu positivem Tun dort, wo das BVfG nur Unterlassung gefordert sieht. Das Ja zu ihnen folgt durchaus nicht unmittelbare aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem mit einer bloß objektivrechtlichen Gestaltung Genüge getan ist, weshalb es ja durch Art. 19 Abs. 4 GG noch "gekrönt" werden kann. Irgendwelche Rechtsfolgen, die unmittelbar aus seiner Verletzung entstehen, enthält es nicht. Aber die oben dargelegten Gedanken gehen noch einen Schritt weiter, indem sie fragen, inwiefern Art. 1 Abs. 1 GG in der "ersten Beziehung" verpflichtende Gehalte entnommen werden können, wenn die Möglichkeit eines von einer Rechtsverletzung Betroffenen besteht, einen Beseitigungsanspruch geltend zu machen, dieser aber darauf verzichtet. "Volenti non fit iniuria" ? ⁵⁵⁾. Nach diesem Satz macht gesetzloses Verhalten aus dem Rechtsstaat noch keinen Unrechtsstaat, doch mit "volenti non fit iniuria" werden die eigentlichen Probleme nur zugedeckt. Nirgendwo sind denn auch die Voraussetzungen der *libertas volentis* geprüft ⁵⁶⁾. Eine gewisse Einschränkung für die Anwendung von Wahrheitsdrogen und Lügendetektoren wird aus Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet ⁵⁷⁾. Doch kann das bei dem geringen materiellen Gehalt der "Menschenwürde" nach h. M., über den noch abzuhandeln sein wird, noch

54) Redecker- v. Oertzen, A. 95 zu § 42; Rupp, 246/7, 248.

55) Der Satz: *Volenti non fit iniuria* im eigentlichen Sinne umfaßt nicht alle Fälle, die hier angesprochen und mitdiskutiert werden, z. B. nicht den Fall, daß ein Bürger sehenden Auges einen VA bestandskräftig werden läßt. Oder daß ein Bürger einen gesetzlichen Anspruch nicht geltend macht.

56) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 116 f; Wolff, I, § 48 II.

57) Dürig, MDH, Rdnr. 22 zu Art. 1 Abs. 1 GG.

nicht das letzte Wort sein. Denn erst, wenn mit Hilfe sozialwissenschaftlicher Untersuchungen die Bedingungen der voluntas des Bürgers ermittelt sind, kann die hier gestellte Frage, differenzierend nach Fallgruppen, beantwortet werden. Die Tatsache, daß in einem Rechtsstaat das Verwaltungsrecht "Gebotsrecht" in dem oben gekennzeichneten Sinne ist, steht prinzipiell nicht entgegen. Damit und mit der über Art. 1 Abs. 1 GG vermittelten Wendung des Verwaltungsrechtssatzes in eine Rechts-Pflicht-Beziehung zwischen Staat und Bürger wird, soweit es sich um primäre Leistungsansprüche und um sekundäre Beseitigungsansprüche handelt, die Zulässigkeit des Verzehrs nicht prinzipiell ausgeschlossen. Anderes muß aber im Bereich der Eingriffe gelten, da hier die Organe des Staates auf Grund des Organverhältnisses zu diesem der Verwirklichung des Rechtssatzes verpflichtet sind ⁵⁸⁾. Wenn nun aber feststeht, daß Einzelne oder Gruppen auf Grund ihrer vielfachen Dependenz vom Staat ihre Rechte nicht mehr genügend wahrnehmen können, dann verpflichtet Art. 1 Abs. 1 GG zur Entwicklung neuer Institutionen, aus der immer erneut zu verwirklichenden Erkenntnis heraus, daß der Mensch verletzlich ist, insbesondere, wenn seine Abhängigkeit vom Staate groß ist; daß deshalb die Staatsgewalt erneut und anders an das Recht zu binden ist, wenn alte Fesseln aus irgendwelchen Gründen nicht mehr reichen; und daß nur dann, wenn dies gelingt, die Würde des Menschen staatliches Leben beherrscht und Art. 1 I GG als "oberster Rechtswert" wirklich ist. Damit erweist sich die "Nur-Zwei-Beziehungslehre" des BVfG's als viel zu eng, weil viel zu statisch: Sie sieht nicht die Veränderungen, die sich vollziehen im Verhältnis des Bürgers zu der Staatsgewalt, die Aufhebung der Trennung von Gesellschaft und Staat, verbunden mit entsprechenden Funktionsverlusten der Institutionen, deren geistesgeschichtlicher Hintergrund diese Trennung ist.

58) Insofern ist das Verhältnis des Organes zum Rechtssatz ein anderes als das des Bürgers zum Rechtssatz. Die Bemerkung zum "Kampf um's Recht" hat das schon anklingen lassen.

Wenn Verschmelzung staatlicher und gesellschaftlicher Interessen Interdependenzen zeigt, lebt jedes Interesse auch vom anderen und wird ein Denken ausschließlich oder überwiegend in den Kategorien von Angriff und Verteidigung sinnlos, auch wenn, bedauernswerterweise, die Formulierung der Grundrechte davon zeugt.

Es erscheint deshalb nicht möglich, die Rechts-Pflicht-Beziehung Staat-Bürger in alter Tradition, der augenscheinlich die Schöpfer des Grundgesetzes folgten, auf den Status negativus, jedenfalls prinzipiell ⁵⁹⁾, zu beschränken. Es ist noch einmal an Dürigs Bemerkung zu erinnern, Art. 1 Abs. 1 GG breche mit dem "liberalistischen Optimismus" ⁶⁰⁾. In die Landschaft dieses Denkens paßt die "Nur-Zwei-Beziehungslehre" des BVfG. Die Kompliziertheit des Verhältnisses von Staatsgewalt zu Bürger verbietet einfache Formeln. Den historischen Fortschritt, den diese Erkenntnis bietet, löst das BVfG mit seiner "Nur-Zwei-Beziehungslehre" wieder auf, ein überholtes Verständnis konservierend: Als ob der Mensch, so, wie er lebt, naturhaft menschlich lebt, so daß vom Staat nur Menschenunwürdiges kommen könnte !

Das leitet über zu einem zweiten Argument, verborgen im Wort von "den anderen", die dem Staat zum Handeln verpflichten, wenn sie den Menschen entmenschen, ein Wort, das mit Dürig ⁶¹⁾, auf "einzelne Private", "gesellschaftliche Kollektive" und "fremde Staaten" zielt und den Juristen verrät: Es gibt natürliche und juristische Personen; letztere sich untergliedernd in solche des privaten und des öffentlichen Rechts. Die inländischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind in der "ersten Beziehung" zur Achtung angehalten, mithin aus dem Kreis

59) Zu dieser Einschränkung nötigt immerhin die Numerus-clausus-Entscheidung des BVfG NJW 72, 1561 ff, deren Bedeutung noch zu erörtern sein wird.

60) Dürig, MDH, Rdnr. 2 zu Art. 1 Abs. 1 GG, Fußnote 1.

61) Dürig, MDH, Rdnr. 2 zu Art. 1 Abs. 1 GG.

"der anderen" ausgegliedert. Es steht auch fest, daß der Staat, wenn sie den Menschen attackieren, schützend zu handeln hat und daß er nur dann Schutz gewähren muß, wenn diese "anderen" den Menschen nicht achten. Das alles klingt einleuchtend, doch folgt ein erster Zweifel, wie oben schon dargestellt, aus dem Worte "Schutz": Es stellt doch das "Schutzbedürftige" in das Zentrum und kümmert sich nicht um die Natur (auch nicht: die Rechtsnatur) des Angreifers.

Sodann aber verdrängt die juristische Kategorik sozialwissenschaftliche Erkenntnis aus der Erörterung: das soziologische Problem der Struktur, der Verbindungslinien zwischen gesellschaftlichen Positionen und deren Verwaltern, die, ohne rechtlich geregelt zu sein, den Einzelnen doch zwingen, ihm, mit der Kraft wahrscheinlichkeitstheoretischen Kalküls, Lebenschancen zuweisen und nehmen ⁶²⁾, die z. B. den Grund dafür abgeben, daß bestimmte Gruppen einer Gesellschaft vorzüglich dazu taugen, arbeitslos zu sein und der Fürsorge "zur Last" zu fallen, ein Phänomen, das das BVfG bei seiner "Fürsorge-Entscheidung" ⁶³⁾ hätte angehen können, wenn es nicht, verfangen in juristischer Dogmatik, auf der Suche nach "dem Angreifer", "den anderen" gewesen wäre. So "mußte" das Gericht feststellen, daß Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde "nicht den Schutz von materieller Not, sondern Schutz gegen Angriffe auf die Menschenwürde durch andere" meine. Warum das so sei, wird allerdings nicht gesagt. Es genügt dem Gericht die bloße Behauptung. Soweit das seinen Grund hat in dem Wunsch, rechtsstaatliche Klarheit zu wahren, und Art. 1 Abs. 1 GG nicht Anspruchsnorm "werden" zu lassen, hätte das Gericht, systematisch korrekt, die "Verpflichtung" des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG diskutieren müssen. So wird, am falschen Ort, ein Problem durch Behauptung erledigt, wie es übrigens auch andere tun ⁶⁴⁾, die aus Art. 1 Abs. 1 GG (allein oder in

62) Zum Begriff der Struktur: König, Soziologie, 283 ff.

63) BVfGE 1, 97.

64) Dürig, MDH, Rdnr. 43 f zu Art. 1 Abs. 1 GG; wohl auch Schneider, In dubio pro libertate, 278, Fußnote 49.

Verbindung mit der Sozialstaatsklausel) einen Anspruch auf das Existenzminimum herleiten, wenn sie nicht, wie Dürig, den Weg der großen Worte wählen, letztlich wohl wissend, daß damit die "Nur Zwei-Beziehungslehre", der gemeinsame Ausgangspunkt, verlassen wird. So greift Dürig auf Friedrich Schiller zurück und auf Christus und wird trotzdem das Gefühl nicht los, damit, möglicherweise, "Heiligtümer in Vorhöfe zu zerren", weshalb er, vorbeugend, sich dieses Vorwurfs erwehrt.

Auf das eigentliche Problem, das Verhältnis von Eigenverantwortung einer Person und Fremdverantwortung der Gesellschaft für sie, stößt das Gericht nicht, weil es die Strukturfrage nicht kennt oder meidet, obgleich sie, in der modernen Industriegesellschaft, immer drängender sich stellt, weil in ihr Anpassungszwänge an Schärfe gewinnen, das Element der Eigenverantwortlichkeit entsprechend an Bedeutung verliert ⁶⁵⁾, das der Verantwortung der Gesellschaft dafür wächst.

Ein Beispiel: Die Bedeutung qualifizierter Ausbildung für das technisierte Arbeitsleben ist schon genannt: Sie ist Bedingung aller Berufschancen, entscheidender Faktor für die Verteilung gesellschaftlicher Positionen. "In unseren Augen ist heute ein Mann nicht mehr und nicht weniger als das, was er tut" ⁶⁶⁾. Und as, was er tut, hängt ab von dem, was er gelernt hat.

Theoretisch, nach der juristischen Konzeption der Bildungsinstitutionen, kann ein Arbeiter- wie ein Akademikerkind seine Ausbildung soweit vorantreiben, wie Leistungsfähigkeit und -wille reichen. So steht man dann staunend vor der Tatsache, daß Erfolg in diesen Institutionen tatsächlich im wesentlichen davon abhängt, in welchem Milieu ein Kind aufgewachsen ist ⁶⁷⁾. Das hat seinen Grund vor allem in den Verhaltensmustern, in die ein Kind hineinwächst, im geistigen Klima, das es umgibt, und auch in den Vorurteilen der Umwelt. Entammt z. B. ein Lehrer

65) Horn, 75.

66) Brown, 147.

67) Hierzu die Untersuchungen von Popitz, in: Jugend, 392 ff.

der Mittelschicht, wird er einem Unterschichten-Kind mit gruppenspezifischen Vorurteilen gegenüberstehen, es etwa für dumm und unerzogen halten. Und das Modell für die Wirkweise sozialer Vorurteile, das Max Frisch in "Andorra" am Beispiel des Antisemitismus vorführt, ist durchaus allgemeiner Natur⁶⁸⁾. Es reproduziert sich das Vorurteil aus Leistungen, die es selbst erbringt, wird somit zu einer "sich selbst erfüllenden Prophezeiung": Das Unterschichten-Kind schreibt nur schlechte Schulaufsätze, "weil es eben zu dumm ist". Diese soziologische Erkenntnis von der Prägung des Leistungswillens und der Leistungsfähigkeit durch das Milieu wird durch psychologische Reihenuntersuchungen an eineiigen Zwillingen bestätigt: Die Intelligenz, wenn auch in ihren Elementen schwer zu bestimmen, so doch wesentlich "kortikale" Fähigkeit des Menschen, ist in entscheidendem Maße milieubedingt⁶⁹⁾, d. h. nur in geringem Maße durch Erbgut geprägt. Die Frage, die sich deshalb stellt, ist die nach der Verantwortung des Menschen für sich selbst. Denn immerhin hat das Gericht den Satz geprägt, daß die Würde des Menschen seine Fähigkeit sei, "eigenverantwortlich zu leben"⁷⁰⁾, ohne allerdings diesen Gedanken weiterzuverfolgen, ohne seine Problematik zu entwickeln, ähnlich wie Dürig⁷¹⁾, der die "Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung" als eine Fähigkeit "an sich" sieht, abstrakt, dem Menschen einfach zugeschrieben. In welchem Zusammenhang ein solches "Ding an sich" mit dem realen Menschen stehen sollte, bleibt unsichtbar: Das Ja Dürigs zu einem Anspruch auf ein Existenzminimum, aus Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet, verläßt denn auch die Fähigkeit "an sich" als Erklärung der Men-

68) Über die Funktion sozialer Vorurteile als eines Mittels zur Definition der eigenen Position in der Gesellschaft: Heintz, in: Wörterbuch, 996 f.

69) Hofstätter, Psychologie, 19 ff.

70) BVerfGE 5, 204.

71) Dürig, MDH, RdNr. 17 ff. zu Art. 1 Abs. 1 GG.

schenwürde, sieht den Menschen durchaus konkret existierend, in Freud und Leid und Hunger. Eine solche mehr konkrete Betrachtung des Menschen wird aber von Dürig "unter der Hand" eingeführt, verborgen hinter dem Satz, daß die Würde des Menschen in einer Fähigkeit "an sich" bestünde, dessen Sinn es wohl ist, das Monstrum und das Embryo gegen Tötung zu schützen, während andere für gut gehaltene oder als Selbstverständlichkeit empfundene oder geforderte Schutzmaßnahmen gegen Angriffe hinter diesem "Schild" wahllos aneinandergereiht werden. Nur eine Untersuchung der Frage, ob und - wenn ja - was die Würde des Menschen denn mehr und/oder anderes sei als die dem Menschen "an sich", auf Grund seines Mensch-Seins als solchem zukommende Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung, nur eine solche Untersuchung kann weiterführen. Sie hätte die Bedingungen des Mensch-Seins zu prüfen, die Voraussetzungen, unter denen der Mensch fähig ist, sein Leben eigenverantwortlich zu gestalten, wobei dann dieses andere Problem, "die Eigenverantwortlichkeit", gesondert zu untersuchen wäre. Ausreichend wäre es auch, wenn wenigstens Leitlinien aufgezeigt würden. Dabei hat das BVfG schon einmal die Frage der sozialen Strukturen wenigstens in Reichweite gehabt, als es aus der Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung schlußfolgert, daß des Menschen "Verhalten und .. Denken ... durch seine Klassenlage nicht eindeutig bestimmt sein" können ⁷²⁾. Es bestand aber damals kein Anlaß, darüber nachzudenken, was es denn bedeute, daß der Mensch, "sein Verhalten und sein Denken", zumindest in bestimmtem Umfang durch seine Klassenlage determiniert ist, insbesondere im Hinblick auf seine Lebenschancen. Dabei sind sehr interessante Folgerungen aus diesem von den Sozialwissenschaften herausgearbeiteten und nicht mehr angezweifelten Faktum zu ziehen. Das BVfG hat sie angedeutet, als es in der KPD-Entscheidung bemerkte ⁷³⁾, daß "die freiheitlich demokratische Grundordnung dem Gedanken der Würde

72) BVfGE 5, 204.

73) BVfGE 5, 205/6.

und Freiheit des Menschen die Aufgabe (entnehme), auch im Verhältnis der Bürger untereinander für Gerechtigkeit und Menschlichkeit zu sorgen". Es ist unverkennbar, daß hieraus eine sehr dynamische Funktion des Art. 1 Abs. 1 GG hätte abgeleitet werden können. Doch hat das Gericht den damit gefundenen Ansatz nicht weiterverfolgt. Das zeigt sehr deutlich die Numerus-clausus-Entscheidung⁷⁴⁾, wo auf den vorgenannten Satz nicht rekuriert wurde, obgleich das sehr gut möglich und in der Linie des Gerichts gewesen wäre, das sich ja regelmäßig in seine eigenen Traditionen einbettet und nicht-eigene Zitate meidet. Es läßt sich vermuten, daß der Ansatzpunkt zur Entwicklung eines status positivus hinter und neben dem in liberaler Tradition formulierten Grundrechtskatalog mit dem liberal geprägten Vorverständnis des BVfG nicht harmonierte. Mit ihm ist allenfalls ein Minimum an pflichtiger staatlicher Aktivität zu vereinbaren, zur Vermeidung von Verschleppung, Brandmarkung und Erniedrigung⁷⁵⁾. Denn immerhin trifft den Staat hier in der "zweiten" Beziehung der Menschenwürde eine Pflicht⁷⁶⁾. Insoweit ist der "neue" Impuls des Art. 1 Abs. 1 GG, sein Bruch mit dem "liberalistischen Optimismus" nicht zu übersehen. Doch wird die Angleichung des tradierten Prinzips mit der neuen Idee im Ergebnis dadurch bewirkt, daß der neuen Idee normative Funktion nur in Grenzbereichen zugestanden wird, so daß die oben geäußerte Möglichkeit, Art. 1 Abs. 1 GG als Ort funktionieren zu lassen, am dem sich das jeweils Meinungsmäßige Legitimation verschaffen kann, faktisch weitgehend realisiert ist. Denn materiale Forderungen aus Art. 1 Abs. 1 GG soll allein sein, daß der Mensch nicht verschleppt, gebrandmarkt und erniedrigt werden dürfe. Zwar hat das Gericht später einmal⁷⁷⁾ die Regelungen des Personalvertretungs-

74) BVfG NJW 72, 1561 ff, insbesondere 1564.

75) BVfGE 1, 104.

76) Soweit es hier darum geht, daß der Staat selbst nicht verschleppen usw. darf, geht es nur um's "Achten", um Enthaltung. Diesen Gedanken enthält schon die liberale Idee.

77) BVfGE 28, 323.

rechts in einer Beziehung gesehen "zur Wahrung der Menschenwürde und der Persönlichkeitsentfaltung in der Dienststelle". Hiermit hat es aber keineswegs meinen können, daß die Forderung nach Mitbestimmung aus Art. 1 Abs. 1 GG fließe, sondern nur, daß es imstande ist, im Begriffshof der Menschenwürde, dort wo diese Norm präzise Direktiven nicht mehr erteilt, bestimmte Zusammenhänge zwischen der Menschenwürde und dem Personalvertretungsrecht auszumachen. Allerdings bleibt offen, worin der Zusammenhang besteht. Es kann nicht bestritten werden, daß mit diesem Erkenntnis ein Ansatzpunkt hätte gewonnen werden können, der an die materiale Aussage des Art. 1 Abs. 1 GG hätte heranzuführen können. Weil eine Aufhellung des Kernes aber nicht erfolgt ist, insoweit vielmehr nur immer auf die dem Menschen nur zugeschriebene These von der Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung zurückgegriffen werden kann, bleibt die Menschenwürde, was ihren normativen Gehalt anbelangt, seltsam unbestimmt, konturlos und eignet sich folglich als Legitimationszentrale, von der denn auch, in feierlichen und anderen sonntäglichen Reden, oft Gebrauch gemacht wird.

Danach bleibt das einzige, was fest in Art. 1 Abs. 1 GG eingefügt ist, das oben erwähnte Verbot von Verschleppung, Brandmarkung usw., obgleich dieses Verbot problemlos aus anderen Normen hätte abgeleitet werden können ⁷⁸⁾, d. h. es sich insoweit fragt, was die besondere Herausstellung der Menschenwürde im Grundgesetz eigentlich

78) Obgleich zuzugeben ist, daß dies von der im Grunde liberalistischen Position aus nicht so leicht ist, soweit es sich um Verletzungen der Menschenwürde durch "andere", Private, handelt, also in der "zweiten" Beziehung. Insoweit erzeugt, nach Ansicht des BVfG, Art. 1 Abs. 1 GG immerhin schützende Aktivitäten. Diese werden aber - und deshalb das "problemlos" des Textes - schon längst aus der polizeilichen Generalklausel in Verbindung mit den Kernbestandteilen einzelner Grundrechtsbestimmungen hergeleitet, unter dem Stichwort des Rechtsanspruchs auf polizeiliches Einschreiten. Genau hier aber, in den einzelnen Grundrechtsnormen, ist der systematisch korrekte Ansatzpunkt für Ansprüche auf staatliches Tun.

soll, wenn sie nur einige wenige inhaltliche Aussagen macht und diese im übrigen in nachfolgenden Grundrechtsbestimmungen mitenthalten sind. Auch das verweist auf ein Offenhalten der Bestimmung für Zwecke der Legitimation von politischen Richtigkeitsvorstellungen, eine Funktion, die Art. 1 Abs. 1 GG nach dem Willen des GG nicht haben soll. Damit bleibt auch der gedankliche Zusammenhang zwischen dem "obersten Rechtswert", bleibt das ganze System inhaltsleer und den aus dem sozialen Raum "aufsteigenden Normgehalten" fast widerstandslos geöffnet.

Es muß festgehalten werden, daß das BVfG in seinen frühen Entscheidungen gewisse Ansatzpunkte hat erkennen lassen, die aus der Verfangenheit in die "klassische Theorie" herauszuführen geeignet sind, womit selbstverständlich nicht gesagt sein soll, daß die "klassische Theorie" nichts mehr von Wert enthält. Ihren vor allen Dingen in den institutionellen Sicherungen der Menschenwürde und -freiheit enthaltenen "Impulsen" wird noch nachzugehen sein. Bislang ging es jedoch allein um das Verhältnis des Einzelnen zum Staat, wie es in den Rechtspflicht-Beziehungen des Grundrechtskataloges angesprochen ist. Hier sind die Ansätze zu einer zeitnahen Fortentwicklung der klassischen Theorie nicht genutzt worden. Das bestätigt in aller Schärfe das Abhör-Urteil ⁷⁹⁾, wenn es bemerkt, daß eine Verletzung der Menschenwürde nur darin gesehen werden könne, daß die "Subjektqualität (des Menschen) prinzipiell in Frage gestellt" wird. Die Behandlung des Menschen durch den Staat müsse, um die Menschenwürde berühren zu können (!). "Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, also in diesem Sinne eine verächtliche Behandlung sein". Aus der Forderung des Art. 1 Abs. 1 GG, die die Funktion des Staates, seine ratio essendi, formuliert, den "obersten Rechtswert" des GG enthält, wird so unversehens eine Norm, die nur alleräußerste Grenzen für staatliches Tun bestimmt ⁸⁰⁾.

79) BVfG JZ 71, 171 ff, 174.

80) Das wird zu Recht im Minderheiten-Votum, JZ 71, 177 kritisiert.

Die Abhör-Entscheidung betrifft die "erste" Beziehung. Es ist aber nicht einzusehen, warum der Staat in der "zweiten" Beziehung zu mehr verpflichtet sein soll. Auch in ihr dürfte der Staat erst dann dem Bürger verpflichtet sein, wenn "die anderen" seine "Subjektqualität prinzipiell in Frage" stellen. Das wiederum dürfte sich decken mit "Verschleppung, Brandmarkung" usw. ⁸¹⁾. Danach aber kann an der Richtigkeit der in dieser Arbeit vorgelegten Analyse ein begründeter Zweifel nicht mehr bestehen, die darin zusammengefaßt werden kann, daß das BVfG in der Beziehung Staat-Bürger die Leistungspflichten des Staates übersieht und in dem Verhältnis des Bürgers zu anderen gesellschaftlichen Kräften den Umkreis der Gefahren zu klein bestimmt. Beides ist bedingt durch eine Minimalisierung der materialen Gehalte des Art. 1 Abs. 1 GG.

c) Die Notwendigkeit einer einheitlichen Formel.

Somit wird deutlich, daß der Grundsatz der Menschenwürde sehr viel mehr will, als die "menschlichen Minima", die das BVfG ihm entnimmt, wenn es in der "Nur-Zwei-Beziehungslehre" fordert, daß der Staat sich ans Recht hält und "die anderen" daran hindert, einen Bürger zu verschleppen oder zu brandmarken. Wenn ein Teil der Lehre, über diesen restriktiven Ansatz hinaus, annimmt, aus Art. 1 Abs. 1 GG folge auch die Pflicht des Staates, dem Einzelnen ein Existenzminimum zu stellen ⁸²⁾, so ist das immer noch zu wenig. "Der in Art. 1 niedergelegte Grundsatz ... kann für die weitere Entwicklung der Verfassung von größter Bedeutung werden; denn den mit seiner Anwendung betrauten Organen, insbesondere den Verfassungsgerichten, ist es durch ihn in die Hand gelegt, aus der Würde des Menschen heraus ein Wertsystem

81) Das bestätigt das Minderheiten-Votum, 177, mit seinen Beispielen.

82) Bachof, 42; Hamann, Anm. B 5 zu Art. 1 GG; Nipperdey, 5 f; Zippelius, BGG, Rdnr. 17 zu Art. 1 GG; Schneider, in dubio pro libertate, 278, Fußnote 49.

der menschlichen Güter zu entwickeln und ihre Verwirklichung zu sichern, das die übrigen Grundrechte ergänzen oder auch unabhängig neben sie treten kann. Es kann aber auch sein, daß die in ihm liegende Kraft nicht zur Entfaltung kommen wird, weil etwa die Verfassungsgerichte seine Dynamik übersehen oder die "Würde" für inhaltsleer oder doch nur als nicht detailliertes Bekenntnis oder unverbindliches Programm für den Gesetzgeber ansehen" ⁸³⁾. Es ist festzustellen, daß das BVfG die "Dynamik", die in Art. 1 Abs. 1 GG steckt, "übersehen" hat ⁸⁴⁾, entgegen seinen eigenen Aussagen über die Stellung des "obersten Rechtswertes" im Rechtssystem. Diese Feststellung gilt darüber hinaus auch in der Lehre. Wenn etwa Dürig einer tieferen Auslotung und einer häufigeren Anwendung entgegenhält ⁸⁵⁾, die Menschenwürde sei keine "kleine Münze" und könne sehr schnell abgenutzt werden, so kann ihm nur insoweit gefolgt werden, als seine Warnung einer formelhaft sich wiederholenden, nur etikettierenden Zugabe der Menschenwürde zu irgendwelchen juristischen Aussagen gilt. Soweit er jedoch daraus, daß "die Würde" höchster Rechtswert ist, schließt, sie dürfe dann auch nur selten "angewendet" werden und müsse, sozusagen, im übrigen ganz hoch hängen, unsichtbar hoch, ist ihm zu widersprechen: Der Dienst an der Würde des Menschen, am Menschen, soll ja alleiniger Zweck staatlicher Aktivitäten sein.

Zweck staatlicher Aktivität aber kann nicht die Fähigkeit des Menschen sein, "an sich" sein Leben eigenverantwortlich zu gestalten, vielmehr nur der konkrete Mensch, die faktische Situation, in der Einzelne, Gruppen und Gesellschaften leben. Denn: Die Fähigkeit "an sich" ist dem Menschen zugeschrieben, weil er Kind eines Menschen ist.

83) Maunz, Staatsrecht, § 14 II, 3.

84) Demgegenüber stellt Bachof, Verfassungsrecht, 79, für die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts fest: "In zunehmendem Maße werden Maßnahmen unmittelbar auf ihre Vereinbarkeit mit der Verbürgung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG. geprüft".

85) Dürig, MDH, Rdnr. 16 zu Art. 1 Abs. 1 GG.

Diese Fähigkeit "ist" kraft Zuschreibung. Ihr kann weder gedient noch geschadet werden, was am Beispiel des Verschleppten exemplifiziert sei:

Der Verschleppende kann der Fähigkeit "an sich" nichts anhaben, sowenig etwa, wie er am Mensch-Sein des verschleppten Menschen etwas zu ändern vermag. Wenn dennoch, wie es das BVfG meint, der Staat nun schützen muß vor diesem Akte des Verschleppens, wenn die Pflicht zum Schutz aus dem Art. 1 Abs. 1 GG folgt, dann wünscht das Grundgesetz einen Akt, der auf die Voraussetzungen "eigenverantwortlicher" Lebensgestaltung zielt, diese in einer Weise formend, daß die Fähigkeit, "eigenverantwortlich" zu leben, wenn sie vorhanden war, erneut sich entfalten kann. Damit bezieht sich die Pflicht des Staates auf die Wiederherstellung von Bedingungen, unter denen "eigenverantwortliches" Leben möglich ist.

Damit rückt der Abbau aller sozialen Elemente in's Gesichtsfeld, die "eigenverantwortliche" Lebensführung verhindern oder gefährden. Der Mensch "darf nicht 'unpersönlich', nicht wie ein Gegenstand behandelt werden, auch wenn es nicht aus Mißachtung des Personenwertes, sondern in guter Absicht geschieht" ⁸⁶⁾. Es geht um die "Persönlichkeit" des Menschen, auf deren Bedingungen, aus psychoanalytischer Sicht, noch einzugehen sein wird. Allein die Persönlichkeitsstruktur eines Menschen ermöglicht, wenn sie gewisse Voraussetzungen erfüllt, "eigenverantwortliches" Leben. Fast überflüssig ist es, darauf hinzuweisen, daß eine zur eigenverantwortlichen Lebensführung fähige Persönlichkeit wieder nur ein Idealtypus ist. Gerade deshalb wird die Skizzierung dieses Typs bedeutsam, da er den Blick freigibt für die Organisation "der Verhältnisse", der Lebensbedingungen, die dem Idealtypus korrespondieren, so daß durch Veränderung der tatsächlichen Gegebenheiten in Richtung auf die dem Persönlichkeits-Idealtypus korrespondierenden idealtypischen Verhältnisse die Möglichkeit der realen Einzelnen zu einem Mehr an eigen-

86) So das Minderheiten-Votum, 177, unter Berufung auf BVfGE, 27, 6.

verantwortlicher Lebensführung geschaffen wird ⁸⁷⁾). Zugleich ergibt sich bereits an dieser Stelle, daß, im Prinzip, der Typ, den das BVfG als vom Grundgesetz gefordert erkennt, ein anderer als der vom Industriesystem, in seinem gegenwärtigen Zustand, gewünschte ist, der ja durch seine wachsende Angleichung an die "soziale Persönlichkeit" des außen-geleiteten Menschen, charakterisiert ist, d. h. durch Verringerung der individuell-eigenständigen Anteile in der Persönlichkeitsstruktur der realen Menschen. Gerade der Aufbau individuell-eigenständiger Persönlichkeitsanteile wird bei einer umfassenden Neuformulierung der Forderung des Art. 1 Abs. 1 GG zum zentralen Thema.

Das geht über die Forderung, dem "Verschleppten" seine alten Lebensbedingungen wiederzugeben, um bei dem oben gewählten Beispiel zu bleiben, hinaus. Eine solche Forderung enthält nicht alles, Denn hierin steckt noch einmal altliberales Vorverständnis, die Annahme, alles sei gut und entwickle sich gut, wenn nur Störungen verhindert würden. Es sind auch dort, wo sie noch niemals existierten, die Bedingungen herzustellen, unter denen sich "eigenverantwortliche" Lebensgestaltung erst entwickeln kann. Das schließt sich an den Hinweis auf die Strukturproblematik an: Mancher Mensch ist durch Geburt erniedrigt. Den "Paria" gibt es nicht nur in der Kastengesellschaft. Damit wird Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse Inhalt der Pflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG ⁸⁸⁾. Dort, wo sie schon sind, sind sie zu wahren ⁸⁹⁾. Und dort, wo sie noch nicht sind, sind sie herzustellen.

87) Zu dieser - wichtigen - 3. Funktion des "Idealtypus" vgl. Winkelmann, in Bernsdorf, 438. Schneider, Die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, 90, verweist auf die Notwendigkeit von "Einrichtungen" zur Förderung der Autonomie.

88) So auch Maihöfer

89) Insoweit erbringt das Achtungsgebot einen Mäßigungs-effekt. Es verbietet nämlich staatliche Aktivität in Bereichen, die in funktionierender Weise entsprechen dem Selbstbestimmungsgedanken organisiert sind.

Dementsprechend wird vorgeschlagen, die "Nur-Zwei-Beziehungslehre" mit ihrer gekünstelten Zerschneidung der einheitlichen Formel von "Schutz und Achtung" zugunsten einer komplexen Einheitsthese aufzugeben und Art. 1 Abs. 1 GG zu interpretieren als Pflicht zur Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse. Darauf, daß dieser Pflicht jedenfalls unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG kein Rechtsanspruch korrespondiert, wurde bereits aufmerksam gemacht. Das rechtfertigt sich bereits aus Art. 1 Abs. 3 GG. Eine interessante Frage, die sich an die komplexe Einheitsthese anschließt, ist die nach den Auswirkungen des Art. 1 Abs. 1 GG, der nach herkömmlichem Verständnis auf den "Außenbereich" Staat-Bürger beschränkt war, im staatlichen Innenbereich ⁹⁰⁾, etwa bei der Verwaltungsorganisation. Daß hier Art. 1 Abs. 1 GG eine Liaison mit dem demokratischen Prinzip eingeht und auf Mitwirkungsbefugnisse des Staatsbürgers zielt, die die Organisationsgewalt der Regierung einschränkt, ist durchaus möglich.

90) Eine Konsequenz zieht Rupp, Grundfragen, 67, für das Organwalterverhältnis; der Gedanke trägt auch die Darlegungen von Feindt, Aspekte der Demokratisierung, Mitbestimmung und Partizipation, ZBR 73, 353 ff.

IV. Der Schutz der Menschenwürde außerhalb des Art. 1 Abs. 1 GG.

Mit der Auffassung, der Grundsatz der Menschenwürde fordere die Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse, d. h. von Lebensbedingungen, die jeweils ein Mehr an eigenverantwortlicher Lebensführung gestatten und erfordern, ist ein Ansatzpunkt gefunden, der weit über die Mindest-Anforderungen hinausgeht, die das BVfG in Art. 1 Abs. 1 GG aufzufinden sich imstande sieht. Daß in der Rechtsprechung des Gerichtes selbst einige Aussagen enthalten sind, die über das minimalisierende Verständnis hinausweisen, kann außer Acht gelassen werden, da hieraus irgendwelche Konsequenzen nicht gezogen, diese im Abhör-Urteil eher verschüttet worden sind. Etwas überspitzt kann die Rechtsprechung des BVfG dahingehend zusammengefaßt werden, daß aus der Perspektive des Art. 1 Abs. 1 GG "alles in Ordnung" ist, wenn staatliche Stellen sich rechtens verhalten und verhindert wird, daß ein Bürger gebrandmarkt wird oder verschleppt und niemand hungert ¹⁾. Der Rest ist Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers und der beiden anderen seine Gesetze anwendenden Gewalten.

Gemessen daran, daß die Menschenwürde der "oberste Rechtswert" ist und alle staatlichen Aktivitäten leitender Grundsatz, erscheint die Auffassung des Gerichts als restriktiv. Immerhin wäre diese Auffassung zu vertreten, wenn die menschenwürdigen Verhältnisse und ihre Entwicklung im übrigen rechtlich abgesichert wären, durch die Grundrechte vor allem und die rechtsstaatlich institutionellen Kontroll- und Gewaltenbalancierungsmechanismen. Das gilt es zu prüfen. Doch soll vorab noch einmal daran erinnert werden, welche Gefahren auf den Menschen zukommen, wogegen ihn deshalb das Recht absichern müßte.

Die besonderen Bedingungen der entscheidenden Gruppierung innerhalb des ökonomischen Sektors der Bundesrepu-

1) Letzteres ist, wie dargelegt, eine Ergänzung aus dem Sozialstaatsgedanken, der einen Anspruch auf das Existenzminimum erzeugt.

blik Deutschland, des Industriesystems, drängen auf stetiges wirtschaftliches Wachstum. Das folgt aus den Geboten hochentwickelter Technologie (und gilt deshalb auch für die sozialistische Industriegesellschaft), In den Großbetrieben mit ihren bürokratisierten Apparaten sind darüber hinaus Entscheidungen nicht mehr personalisierbar, auch wenn nach Fehlentscheidungen immer ein "Schuldiger" gesucht und gefunden wird ²⁾, sondern das Ergebnis von komplizierten Entscheidungsprozessen, die nur mit Hilfe gruppendynamischer Erkenntnisse analysiert werden könne. Wesentlich in einem solchen Betrieb ist das Interesse am Fortbestand dessen, was ist. Für die in ihm tätigen Personen, insbesondere die an der Spitze, heißt das, Wachstum anzustreben und gegenüber dem profit-orientierten Aufsichtsrat und der Hauptversammlung nachzuweisen. Wachstum setzt Konsum voraus, dessen Struktur das Industriesystem sich dienstbar machen muß, um Wachstum und das ist auch langfristige Planung sicherzustellen. "Die Wirtschaft braucht für ihren Erfolg die organisierte Volksverdummung" ³⁾, d. h. eine Bürgerschaft, deren Eigenverantwortlichkeit in der Lebensgestaltung genau darin besteht, immer genau das zu "wollen", was dem Wachstumsinteresse des ökonomischen Sektors entspricht. Dabei ist zu beachten, daß dieser seine Produktionsziele selbstverständlich nicht ohne den Menschen, so wie er ist, festsetzen kann, daß er vielmehr regelmäßig sehr sorgfältig eruieren muß, was absetzbar ist und was nicht. Nur: Wenn erst einmal eine produktionspolitische Entscheidung gefallen ist, müssen alle Hebel in Bewegung gesetzt werden, damit die gesellschaftlichen Trends so ablaufen, wie es in der Entscheidung vorausgesetzt ist. Dazu ist es erforderlich, alle gesellschaftlichen Positionen in den Griff

2) So heißt es, daß alle Entscheidungen des Vorstandes des Volkswagenkonzerns einstimmig fielen. Als aber der Konzern in die Krise geriet, trug die Verantwortung dafür allein der Vorstandsvorsitzer.

3) Galbraith, 330.

zu bekommen oder im Griff zu behalten, die auf die Entwicklung des öffentlichen Bewußtseins Einfluß ausüben können. Oder, anders ausgedrückt, es ist erforderlich und deshalb Ziel des Industriesystems, auf alle nur effektiv erscheinende Art und Weise Einfluß zu nehmen, auf das öffentliche Bewußtsein. Daß hierdurch zugleich das hohe Produktionsniveau der Bundesrepublik Deutschland gesichert wird mit seinen positiven Folgen in Bezug auf Hunger und Krankheit, wurde bereits angemerkt.

Diese Einflußnahme erfolgt aus einer ziemlich geschlossenen Gruppe, dem Industriesystem, zum Zwecke eines ziemlich einheitlichen Zieles, der Kontrolle des öffentlichen Bewußtseins. Es wird dazulegen sein, an welchen Punkten sie einsetzt. Doch läßt sich hier schon prognostizieren, welche Tendenz die Einflußnahme in Bezug auf die rechtsstaatlichen Institutionen der Verfassung haben muß. Dieses ganze rechtsstaatliche Gebäude lebt von dem Gedanken der Machtbalancierung, ist konzipiert "zum Zwecke der Machtmäßigung, zum Zwecke der Festigung der Bindung der Träger staatlicher Macht ans Recht, insbesondere an die Grundrechte" ⁴⁾. Demgegenüber drängt das Industriesystem auf Machtkonzentration, insofern als es seinem einheitlichen Interesse, wenn irgend möglich, an allen "Fronten" Geltung verschaffen muß. Es ist hierzu grundsätzlich nicht erforderlich, die verschiedenen staatlichen Institutionen abzuschaffen. Es genügt vielmehr, wenn in den verschiedenen Institutionen dieselben Gedanken gedacht werden, aus diesen Institutionen dieselben Gedanken "emporsteigen" und sich zu "Normgehalten" ⁵⁾ oder gar Normen verdichten. In diesem Bereich dürfte die Hauptaufgabe bei den Parteien liegen. In einer Frage muß aber mit einer Tendenz zur Renovierung des rechtsstaatlichen Instrumentariums in Richtung auf Machtkonzentrierung gerechnet werden, in der Frage der Aktionsfähigkeit der Regierung, Das hochkonzentrierte Industrie-

4) Schneider, Amt und Mandat, 13.

5) Das sind die "normativen Zwischen-Sätze", wie sie in den methodischen Bemerkungen (unter II, a, 3.) erwähnt wurden.

system bedarf zur Meisterung der möglichen Krisen, zur Sicherung der Absatzmärkte, der Rohstoffmärkte usw. einer handlungsfähigen Regierung. Hier dürfte eine gewisse Tendenz zur Vergrößerung des Handlungsspielraumes gegenüber den anderen Gewalten, insbesondere der Legislative bestehen, womit, aus der Perspektive des Industriesystems gesehen, auch das Risiko gemindert wird, daß aus dem pluralistisch strukturierten Parlament "andere" Gedanken, dem Wachstum gefährliche, in die staatlichen Handlungen einfließen ⁶⁾.

Damit wird deutlich, in welche Richtung die Rechtsprechung "kämpfen" müßte, um dem hier skizzierten Trend entgegenzuarbeiten.

a) Das rechtsstaatlich-gewaltengliedernde Instrumentarium des Grundgesetzes.

1. Die Abwertung des Instrumentariums und die Möglichkeiten einer Neubesinnung.

Es ist bis hierher ermittelt worden, daß das BVfG in seinem Verständnis des Verhältnisses Bürger - Staat vor allem durch liberales Denken geformt ist. Von daher ließe sich vermuten, daß das Gericht in seiner Rechtsprechung zum rechtsstaatlich-gewaltengliedernden Instrumentarium des Grundgesetzes sogleich einen entschiedenen Standpunkt gegen mögliche Abwertungstendenzen eingenommen hätte. Das ist aber nicht der Fall, was sogar in bloß immanenter Kritik, d. h. in einer Kritik, die von dem liberalen Denkansatz ausgeht, nachzuweisen wäre. Die oben dargestellte und hier verfolgte Methode dagegen nimmt ihren Ausgangspunkt bei dem konkreten Menschen und seiner Lebenssituation, findet ihren normativen Bezugspunkt in Art. 1 Abs. 1 GG und versucht von da aus

6) Entsprechende Prozesse lassen sich in vielerlei Bereichen nachweisen. Sie stehen etwa hinter den Grundgesetzänderungen in der Finanzverfassung. Dasselbe gilt für die Notstandsverfassung.

Rechtsnormen und -institute aus ihrem ursprünglichen Impuls heraus zu verstehen und unter gewandelten Verhältnissen wieder fruchtbar zu machen ⁷⁾. Damit wird deutlich, daß auch der organisatorische Teil der Verfassung nicht nur formal gesehen wird, "technisiert", sondern durchaus "wertgebunden". Diese Wertgebundenheit verweist die Interpretation auf den "obersten" Rechtswert und macht das Wertsystem des Grundgesetzes transparent. Daß hierbei nicht ein logisch-mechanistisches System gemeint ist, sei noch einmal angemerkt. Es geht um ein mühsames Ermitteln dessen, was eine konkrete Sachlage bedeutet in Bezug auf die Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse und die normative, d. h. von Art. 1 Abs. 1 GG her verstandene "Messung" der konkreten Sachlage an einer Norm. Akzeptiert wird nur, aus der Perspektive dieser Norm, was an einer konkreten Sachlage dem menschenwürdigen Verhältnis am nächsten kommt, wobei jeweils ein Ausgleich mit anderen, vielleicht entgegenstehenden Prinzipien zu suchen ist, die ihrerseits im Bezug zu sehen sind auf andere, oft nur gedanklich vorhandene Sachverhalte. Das ist alles andere als eine "intellektuelle Operation". Die Ergebnisse, die bei Einsatz dieser Methode, hier als kritische zur Beurteilung der Rechtsprechung des BVfG eingesetzt, werden sich in dem Bereich des rechtsstaatlich-gewaltengliedernden Instrumentariums mit denen einer Kritik aus liberaler Sicht im allgemeinen decken.

Eine Rechtsverwirklichung, wie sie mit der vorliegenden Arbeit angeregt wird, ist im Grunde genommen nicht in die Alternative Rechtsbewahrung oder Rechtsgestaltung einzufangen, insofern der "alte" Gedanke zu "neuer", d. h. aus neuen Gründen und in einer neuen Situation

7) Ähnlich Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, 100/1, der allerdings (93) meint, Auslegung sei primär norm- und nicht wirklichkeitsorientiert. Diese Trennung scheint für die Rechtsverwirklichung undurchführbar, weil das Vorverständnis der Wirklichkeit die normativen "Zwischen-Sätze" bedingt und das normative Vorverständnis die deskriptiven Aussagen.

wirkender Kraft entwickelt wird. Es wird hierdurch, wenn man so will, das Recht sowohl bewahrt als auch gestaltet, fortentwickelt. Es wird das geltende Recht in einem schöpferischen ⁸⁾ Akt verwirklicht. Oder: Allein dadurch, daß einer Norm neue Funktionen zugewiesen werden, gelingt es, ihren normativen Impuls zu bewahren. Die Interpretation müsse "gegenüber soziologischer Wandlung und ideeller Veränderung wertender Anschauungen auf eine nachschöpferische (!) und (!) in gewissem Sinn auch fortbildende Auslegung (!) abstellen", fordert Scheuner ⁹⁾, Und Schneider löst den Widerspruch damit, daß er ausführt, "in der Funktion des Gestaltens (würde) das Moment des Bewahrens und in demjenigen des Bewahrens dasjenige des Gestaltens sichtbar" ¹⁰⁾. Dabei wird das "Bewahren" in die Nähe des "Nach-Denkens", der logisch-mechanistischen Deduktion aus Vor-Gedachtem und Bereit-Liegendem zu rücken sein, das "Gestalten" in die Nähe des "Neu-Denkens". Sowohl von der Natur des zu subsumierenden Sachverhaltes wird es abhängen, ob der Akzent mehr beim Bewahren liegt oder beim Gestalten, als auch von der Natur des Rechtssatzes, von seinem Zugeschnitten-Sein auf mehr oder minder spezielle Sachverhalte.

Von Art. 1 Abs. 1 GG, dem auslegungsleitenden "Fixstern", her gesehen, ist also zu prüfen, ob eine Norm, ein Rechtsinstitut oder ein einmal entstandener (und in den Kommentaren weitergegebener) "normativer Zwischen-Satz" imstande ist, menschenwürdige Verhältnisse zu bewahren oder zu bewirken. Das erhellt, warum bisweilen Rechtssätze oder "normative Zwischen-Sätze", die auch als Normgehalte

8) Über das "Schöpferische" bei der Rechts-"anwendung": Kelsen, 350 ff.

9) Scheuner, Pressefreiheit, 97, Leitsatz 15.

10) Schneider, Gewaltenteilung, 55, der allerdings hier das Verhältnis von Rechtsprechung einerseits, Legislative und Exekutive andererseits als Elemente einer Staatsgewalt beschreibt. Doch ist der Gedanke auf den Vorgang der Rechtsverwirklichung übertragbar.

gekennzeichnet werden können, in ihrer Geltungskraft geschwächt oder verdrängt werden können. Das ist dann der Fall, wenn ihre Leistungskraft zugunsten der Menschenwürde gering ist oder dieser entgegenwirkt. Einer solchen Norm verbleibt allerdings die Möglichkeit, eines Tages neue Funktionen zu übernehmen. Ist das auf Dauer nicht der Fall, ist sie als durch den Zeitablauf obsolet geworden anzusehen. Es liegt in solchen Fällen, die sicher selten sein dürften, ein Akt der 'Rechtsgestaltung' im oben angedeuteten Sinne vor, sozusagen als Nebenprodukt der Rechtsverwirklichung einer anderen Norm. Viel häufiger dürften die Konstellationen sein, in denen eine Norm, ein Rechtsinstitut oder ein "normativer Zwischensatz", der gewohnheitsmäßig durch die herrschende Meinung mit einer Norm verbunden ist, neue Funktion übernimmt oder übernehmen kann - bei formal gleichbleibender Gültigkeit.

Diesen Gedanken soll folgendes Beispiel belegen:

Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG hat den Gesetzgeber im Bereich von Freiheit und Eigentum auf das Grundlegend-Normative festlegen wollen, gewaltenteilend und die Verantwortlichkeiten von Parlament und Exekutive gegeneinander abgrenzend, entsprechend der jeweils vorgestellten Organstruktur ¹¹⁾.

Außerdem gehören in den Problemkreis der Norm - wegen des Unterschiedes in der Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen legislatorische und exekutierende Akte - Fragen aus dem Bereich des "gesetzlichen Richters". Nun hat aber der Verfassungsgeber, vermutlich aufgrund liberaler Traditionen, bei der mit Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG gewählten Regelung außer Acht gelassen, daß in der modernen Industriegesellschaft auf diese dogmatische Art Grundlegend-Normatives und Spezialisierend-Verwirklichendes nicht mehr voneinander abgegrenzt werden können. Die kontinuierlich sich vollziehenden Ver-

11) Auf die Zusammenhänge zwischen Organfunktion und -struktur macht Hesse, Grundzüge, 196/7, aufmerksam. Ob hieraus auf jeden Fall auf Leistungssteigerung geschlossen werden kann, wie Schneider, Amt und Mandat, 13, meint, erscheint ungewiß. Gemischt "paritätisch" besetzte Gremien scheinen - nicht nur im Bereich universitärer Selbstverwaltung - bisweilen leistungsfähiger. Zum Problem arbeitsteiliger Spezialisierung und Effizienz im Zusammenhang des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG vgl. noch Schneider, Einzelpersonengesetz, 98 f.

änderungsprozesse in der Gesellschaft und deren finanzielle und organisatorische Implikationen zwingen die ersten beiden Gewalten in gleicher Weise zu unentwegter Beobachtung gesellschaftlicher Wirklichkeit, zur Bewertung erkennbar werdender Tendenzen und zu vielgestaltiger Reaktion ¹²⁾. Dabei steckt oftmals gesamtgesellschaftlich Bedeutsames in Detailfragen, weil das komplex-komplizierte soziale Gefüge Störungen und Reaktionen auf sie in andere Bereiche weitergibt, wie - ohne daß damit der Bereich von Freiheit und Eigentum unmittelbar angesprochen wurde - die Unruhe im Ruhrgebiet Mitte der 60-er Jahre zeigte, die, ausgehend von einer Absatzkrise der Kohle, alle sozialen Bereiche einschließlich einer Radikalisierung des politischen Verhaltens erfaßte und bei rechtzeitiger Ansiedelung neuer Industrien, einer "typischen" Verwaltungsaufgabe, nicht entstanden wäre. Es ist ohne weiteres denkbar, daß hier Gesetze hätten ergehen könne, die lediglich einzelne Konzerne zum Regelungsgegenstand gehabt hätten und deshalb aus Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG heraus hätten problematisiert werden müssen. Es bedürfen insoweit konkrete Einzelprobleme oftmals der "Übersicht und Weitsicht", die Schneider "in erster Linie" dem Gesetzgeber zuschreibt ¹³⁾ und deren Einsatz deshalb nur prinzipiell, nicht allgemein auf den Bereich abstrakt-genereller Regelungen beschränkt werden können. Folglich kann das Konkret-Individuelle nicht mehr die Grenze legislatorischer Aktivität bestimmen ¹⁴⁾.

12) Ein Blick auf Landtagsdrucksachen etwa zeigt die wichtige Bedeutung von Straßen im Hinblick auf Strukturverbesserung durch Verkehrserschließung, weshalb diesbezügliche Kleine Anfragen in jedem Landtag Legion sind.

13) Schneider, Amt und Mandat, 14.

14) Die Bedeutung von "Kleinigkeiten" für gesellschaftliche Gesamtzustände stellt - wenn auch in einer Freiheit und Eigentum nicht in Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG, sondern in Zusammenhang mit Art. 80 Abs. 1 GG beruhenden Frage - steht im Zentrum von Steinbuchs "Falsch programmiert". Er macht die Zukunft der BRD als einer Industriegesellschaft von einer neu zu entwickelnden Einstellung der Verantwortlichen und der Bevölkerung zu den mathematisch-naturwissenschaftlichen Schulfächern abhängig. Es ist deshalb zu begrüßen, wenn die Sensibilität gegenüber der Funktion von Lehrplänen steigt und die Rechtsprechung für sie rechtsstaatliche gesetzliche Ermächtigungen fordert.

Von dieser Ausgangslage her ergibt sich, daß - da sie ja für alle möglichen Regelungsgegenstände des Gesetzes gilt - immer dann, wenn eine solche "Maßnahme in Gesetzesform" den Bereich von Freiheit und Eigentum betrifft oder in ihn einschneidet, die Normfunktion des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG "getroffen" ist. Deshalb sah sich das BVfG im Verlauf seiner Rechtsprechung gehalten, die Bestimmung immer restriktiver zu interpretieren ¹⁵⁾. An deren Endpunkt - dem Urteil zur "lex Rheinstahl" vom 7.5.1969 - dürfte mit der Behauptung von der verfassungsrechtlichen Irrelevanz des Begriffes "Maßnahmegesetz" ¹⁶⁾ die breite Diskussion um diese Frage und nach der hier entwickelten Auffassung zu Recht erledigt sein ¹⁷⁾. Wenn Dichte und Kompliziertheit der Beziehungen zwischen den Teilen des gesellschaftlichen Systems ohne Pause und überall kontrollierende, durch entsprechende Maßnahmen entweder konservierende oder reformierende Aktionen vor allem der ersten beiden staatlichen Gewalten fordern und wenn wegen der Bedeutung von Teilaspekten für größere Beziehungsgeflechte die Einschaltung des Gesetzgebers in jedem einzelnen Falle in Betracht kommen kann, darf es - jedenfalls: praktisch - keine Einschränkung des gesetzgeberischen Instrumentariums durch ein Verbot von Zeitgesetzen, Einzelfallgesetzen und/oder Einzelpersonengesetzen geben ¹⁸⁾. Diese Erkenntnis hat das BVfG zunächst einmal veranlaßt, den Begriff des "Einzelfallgesetzes" im Sinne von Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG, der nach allgemeiner Auffassung auch solche Gesetze umfassen sollte, die nicht nur einen einzelnen Fall, sondern einen klar abgrenzbaren Kreis von Fällen zum Regelungsgegenstand haben, dahingehend zu interpretieren, daß er sich lediglich auf Gesetze beziehe, die "ihrer Natur" nach auf einen Einzelfall beschränkt seien ¹⁹⁾, womit in Anbetracht der ohnehin wohl regelmäßig gegebenen Möglichkeit generell-abstrakter Tatbestandsformulierung beinahe jede Schranke gesetzgeberischen Handelns

15) Vgl. BVfGE 4, 18 f; 8, 361; 10, 244; 15, 146 f; 25, 396 f.

16) BVfGE 25, 396.

17) Vgl. etwa Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 3 ff mit umfangreichen Verweisen.

18) Diese 3 Kategorien arbeitet Menger, aaO, 18 f, heraus.

19) BVfGE 25, 397.

im Bereich von Freiheit und Eigentum und aus dem Blickwinkel des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG aufgehoben sein dürfte. Soweit das Gericht sodann aber darüberhinaus im Wege einer "hypothetischen nachgeschobenen Begründung" ²⁰⁾ ausführt, daß "der Begriff des Maßnahmegesetzes ... verfassungsrechtlich irrelevant" sei, erscheint es als unumgänglich festzustellen, daß die nach dem eben Gesagten noch bestehenden schwachen Zweifel endgültige ausgeräumt sind und daß damit das BVfG den als verfassungsrechtliches Problem verstandenen Begriff des Maßnahmegesetzes endgültig aus dem Verfassungsrecht ausgeblendet hat, und das auch gegenüber den Anhängern einer anderen Terminologie des "Maßnahmegesetzes", insofern als gerade hierin der Sinn der "hypothetischen, nachgeschobenen Begründung" liegt ²¹⁾, aus der Erkenntnis heraus, daß der Gegensatz von Norm und Maßnahme nur relativ ist; daß beide - wenn auch in unterschiedlichem Gewicht - "Werthaftigkeit und Zweckhaftigkeit" enthalten ²²⁾ und das diese beiden Elemente in der "zusammengerückten" modernen Industriegesellschaft nicht mehr sinnvoll und in einer dogmatisch fruchtbaren Weise auseinanderzuhalten sind.

Die danach zu verzeichnende Reduktion der Wirkkraft des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG ist aber, wie der Argumentationszusammenhang erhellt, allein aus dem funktionell-rechtlichen Gedanken begründet und vertretbar. Von ihm aus verbleibt der Norm nur die stete Mahnung an den Gesetzgeber, sich eines Eingriffes in den Bereich der Verwaltung möglichst zu enthalten. Schneider konkretisiert diese Überlegung zu einem Regel-Ausnahme-Verhältnis, indem er Ausnahmen von einem - noch immer als geltend angenommenen Verbot des

20) Menger, Verwaltungsarchiv 1970, 85.

21) Wenn Menger, aaO, 85 f, dem BVfG Argumente aus dem Fragenkreis des gesetzlichen Richters entgegenhält, überzeugt er nicht, jedenfalls insoweit nicht als er aus ihnen auf die Notwendigkeit des Fortbestandes eines - wie immer zu begrenzenden - Maßnahmegesetzverbotes schließt. Daß im übrigen das Argument des gesetzlichen Richters bedeutsame, nur anders zu entwickelnde Folgerungen ermöglicht, wird sogleich oben im Text ausgeführt werden.

22) Schneider, Gewaltenteilung, 194, 195.

Einzelfallgesetzes "aus wichtigem Grund" zulassen will ²³⁾. Die Formulierung eines solchen Regel-Ausnahme-Verhältnisses mag als geeignet angesehen werden, die erwähnte Mahnung an das Parlament wachzuhalten. Die praktische Auswirkung dieses Verständnisses dürfte jedoch gleich Null sein. Denn es kann dem Gesetzgeber nicht mit Fug die Kompetenz bestritten werden zu entscheiden, ob ein "wichtiger Grund" vorliegt. Das insoweit dem Gesetzgeber einzuräumen-
de Ermessen wäre entsprechend den zur Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 2 GG herausgearbeiteten Grundsätzen praktisch unkontrollierbar.

So ist im Ergebnis und aus dem (bloß) funktionell-rechtlichen Aspekt Hesse zuzustimmen, wenn er in Auswertung der zu Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG ergangenen Rechtsprechung feststellt, daß dem Verbot grundrechtseinschränkender Individualgesetze "eine selbständige praktische Bedeutung freilich kaum" zukomme ²⁴⁾. Es ist ihm aber entgegenzutreten, wenn er aus der Bestandsaufnahme herleitet, daß Art. 3 Abs. 1 GG "leistungsfähiger" sei als Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG ²⁵⁾. Dabei wird außer Acht gelassen, daß der Bestimmung neben dem funktionell-rechtlichen ein individualrechtsschützendes Element eigen ist. Aus ihm heraus ist es möglich, aus dem in dieser Arbeit entwickelten Verständnis des Art. 1 Abs. 1 GG heraus sogar geboten, Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG erneut für die Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse fruchtbar zu machen. Ein Ansatzpunkt dazu ist in der zutreffenden Feststellung Rupps enthalten, daß ein Maßnahmegesetz den Rechtsschutz leerlaufen läßt und "zur Ausschaltung insbesondere der richterlichen Gewalt" führt ²⁶⁾. Diese Feststellung ist jedenfalls in Bezug auf die normale verwaltungsgerichtliche Kontrolle zutreffend, zu der der ohnehin in seinem Anwendungsbereich begrenzte Sonderfall des § 47 VWGO nicht gezählt werden kann. Nun ist aber der Rechtsschutz gegenüber den einzelnen Gewalten unterschied-

23) Schneider, Einzelpersonengesetz, 104 f.

24) Hesse, Grundzüge, 138.

25) Gegen die Auffassung, daß Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG ein Spezialfall des Art. 3 Abs. 1 GG und nicht mehr sei, wendet sich auch Schneider, Einzelpersonengesetz, 98 f.

26) Rupp, Grundfragen, 116, Fußnote 30; vgl. zu diesem Problem auch Menger, aaO., 85 f. und Schneider, aaO., 87, 98 f., 108, 110.

lich geregelt, so daß Maßnahmen per Gesetz den gegenüber Maßnahmen im allgemeinen gewollten Rechtsschutz "umgehen", ohne daß hier von einem Formenmißbrauch im eigentlichen Sinne gesprochen werden kann. Warum sollte es nicht möglich sein, den Gedanken des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG wenigstens in die Richtung zu entfalten, daß dem durch ein Maßnahmegesetz unmittelbar ²⁷⁾ Betroffenen der Weg zu den Verwaltungsgerichten nicht mit dem Formargument abgeschnitten wird ²⁸⁾ ? Es ist nämlich unverkennbar, daß die Rechtsprechung dem Gesetzgeber einen größeren "Spielraum" gewährt als der ausführenden Gewalt. Diesem Nachteil für den Betroffenen könnte begegnet werden, wenn wegen Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG das Maßnahmegesetz, bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen, wie ein VA behandelt würde. Die tatsächlich gewählte Form würde dann nur dazu dienen, die mit dem Erfordernis einer gesetzlichen Deckungsnorm für Verwaltungsakte auftauchenden Probleme zu lösen.

So ließe sich der "ewige" Impuls einer Norm, die Gewaltenteilung in einer tendenziell unzeitgemäßen Art verwirklichen will, teilweise zumindest, weil über die Einschaltung des Richters staatsgewaltbegrenzend aufrechterhalten. In der Rechtsprechung des BVfG sind Ansätze hierzu nicht gebildet worden, obgleich in den Entscheidungen zu Maßnahmegesetzen ²⁹⁾ die Möglichkeit dazu bestanden hätte, etwa im Wege eines "Es kann dahingestellt bleiben". Eine ähnliche Tendenz zur Preisgabe des gewaltengliedernden Rahmens des Grundgesetzes weist die Rechtsprechung zu Art. 80 Abs. 1 GG auf. Diese Bestimmung versucht, der aufgezeigten Tendenz zur Schwächung des Parlamentes und zur Stärkung der Gubernative zum Trotz ³⁰⁾, die Stellung

27) Sobald nur "auf Grund eines Gesetzes" eingegriffen wird, stellt sich das Problem nicht mit voller Schärfe, da das Verwaltungsgericht hier die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes überprüfen kann, wenn es auch bei nachkonstitutionellem Recht keine Verwerfungskompetenz hat.

28) Die h. M. entscheidet anders. Vgl. Redeker- von Oertzen, A. 28 zu § 42.

29) s. o. Fußnote 16.

30) Schneider, Gewaltenteilung, 185, exemplifiziert diesen Prozeß durch den Hinweis darauf, daß der Staat von "wirtschaftspolitischen" zu "wirtschaftspolitischen" Maßnahmen übergegangen sei.

des Parlaments zu stärken. Das BVfG hat sich, nach anfänglichem Zögern, sehr schnell zu einer großzügigen Auslegung der Norm entschlossen ³¹⁾. Ob die Norm eine sehr glückliche Gestalt gewonnen hat, mag unentschieden bleiben ³²⁾. Der Interpret hat den Auftrag, ihrem wenn auch unglücklich formulierten Impuls Geltung zu verschaffen.

In gewisser Weise ist Art. 80 Abs. 1 GG der Versuch, die Bundesregierung von der sie tragenden Mehrheit zu distanzieren. Das Parlament, d. h. regelmäßig die Mehrheitsfraktion (en), soll die großen Ziele, "die Programme" fixieren, die Regierung nur zuständig sein für das Detail, zur "Konkretisierung der gesetzgeberischen Direktiven". Der Sinn einer solchen Aufgabentrennung ist nicht ohne weiteres einsehbar, was wohl der Hauptgrund dafür ist, warum das BVfG so großzügig ist. Denn die Bundesregierung und die sie tragende (n) Parlamentsfraktion (en) sind bei der Vorbereitung eines Gesetzes engst verbunden. Dem entspricht die Tendenz zur Vermengung von Grundlegend-Normativem und Spezialisierend-Ausführendem hinsichtlich der Funktionen von Gesetzgebung und Regierung-Verwaltung. Beide Gewalten bilden insoweit einen Kommunikations- und Reaktionsverbund, für dessen Entscheidungen es tendenziell unerheblich wird, wo die "Sensor-Zelle" war, die ein regulationsbedürftiges soziales Problem ermittelte und wo das "motorische Zentrum" sitzt, von dem die Regulierung kommt. So kommt im Regelfall legislatorischer Wirklichkeit die Anregung, ein Gesetz zu erlassen, und die Formulierung des Programms, allerdings nach Rücksprache und Diskussion mit den - fachlich zuständigen - Parlamentariern, aus dem Schoße der Regierung ³³⁾. So setzt - und das ist ein sicheres Indiz! - die Lobby zugleich an, mit ihren Anregungen, Gutachten und Gesetzesentwürfen, im Parlament und bei der Regie-

31) BVfGE 2, 327; 7, 272; 8, 307 ff; 12, 325.

32) Zu diesem Problem: Glum, 381 ff; Hinkamp, 119 ff. Die Neuformulierung der Bestimmung beschäftigt die Enquete-Kommission des Bundestages, siehe: Fragen der Verfassungsreform, Zwischenbericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages, Bonn, 1973. 128 ff.

33) Wolff, Bd. I, § 18 II.

rung, wobei allerdings eine gewisse Tendenz dahingehend beobachtet wird, unmittelbar auf die Arbeit der Regierung Einfluß zu nehmen ³⁴⁾.

So ist denn auf den ersten Blick nicht recht einzusehen, warum Art. 80 Abs. 1 GG verlangt, daß das Parlament "so tun soll, als ob" es verantwortlich sei für das Grundlegend-Normative. Denn abgesprochen und durchgesetzt wird doch das, was passiert, ohnehin von Regierung ³⁵⁾ und (zumindest) Parlamentsmehrheit, schon deshalb, weil Bundestagswahlen tatsächlich nicht viel anderes sind als Abstimmungen über die Frage, ob eine Regierung erfolgreich war oder nicht.

Einen Fall dieses Problemkreises aus dem Bereich des rheinland-pfälzischen Landesrechts hatte das Oberverwaltungsgericht Koblenz zu entscheiden ³⁶⁾. Das Juristenausbildungsgesetz ermächtigte die Landesregierung zum Erlass einer Justizausbildungs- und Prüfungsordnung. In dieser war vorgesehen worden, daß ein Prüfling von der mündlichen Prüfung ausgeschlossen ist, wenn er in den Aufsichtsarbeiten einen Schnitt von weniger als 3.50 Punkten erreichte, wobei das Gericht bemerkenswerterweise von einer Anwendbarkeit des Art. 80 Abs. 1 GG ausging, soweit ein Landesgesetz belastende Grundrechtsberührungen enthält ³⁷⁾. Das Gericht kam, auf Grund einer sehr eingehenden Prüfung der Ermächtigungsnorm, zu dem Ergebnis, daß diese den Ausschluß vom mündlichen Teil der im Gesetz als Einheit aus mündlichem und schriftlichem Teil konzipierten Prüfung nicht "erlaubt" habe. Das Juristenausbildungsgesetz wurde daraufhin sofort geändert, so daß die Regelung der Justizausbildungs- und Prüfungsordnung insoweit und in Bezug auf Art. 80 Abs. 1 GG unanfechtbar

34) Hinkamp, 121 ff; Tudyka, 338 ff.

35) Das gilt auf dem Wege über den Bundesrat in gewissem Umfang auch, wenn Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden. Hier stellen sich allerdings Sonderfragen.

36) Beschluß des OVG Koblenz vom 2.5.1972 - 2 B 24/72 -.

37) Trotz BVfGE 12, 325 ; 26, 237.

wurde. Abgesehen davon, daß hier einigen Kandidaten der Einzug in den mündlichen Teil der Prüfung ermöglicht wurde, stellt sich die Frage, was Art. 80 Abs. 1 GG denn bewirken könne, da im Ergebnis die Normen des Prüfungsrechts in ihren rechtlichen Auswirkungen nicht verändert wurden, so daß einzig und allein ein Versehen in der Gesetzgebungsprozedur, die falsche Einschätzung, wohin die 3.50-Punkte-Norm zu setzen sei, einigen "Glücklichen" einen Erfolg vermittelte.

Aber bereits hinsichtlich der rechtlichen Auswirkungen zeigt sich ein Unterschied, wenn er sich auch nicht auf die von der Rechtsnorm Betroffenen oder nur unmittelbar auf sie bezieht. Denn die rechtliche Situation der ermächtigten Gubernative ist verschieden in Bezug auf ihre Bindung an die Norm. Eine Rechtsverordnung zu ändern, bedarf es keines großen Aufwandes, anders als, im Grundsatz, bei der Änderung eines formellen Gesetzes, selbst dann, wenn an einem Tage drei Lesungen stattfinden sollten. So erweist sich eine Norm des Parlamentes als haltbarer. "Der Stabilisierungseffekt ergibt sich daraus, daß Gesetze in einem relativ komplizierten Verfahren zustandekommen und nur in einem solchen Verfahren wiederum beseitigt werden können" ³⁸⁾. Von daher ergibt sich für diejenigen in Parlament und Regierung schon einmal ein gewisser Druck zu sorgfältigeren Erörterungen, obgleich der reale Effekt nicht sehr groß sein wird. Das folgt daraus, daß die Überzeugung derer, die eine Norm formulieren, auch ohne diesen "gewissen Druck" einen Punkt erreicht, wo die Formulierung als optimal empfunden und eine Änderung deshalb ausgeschlossen wird.

Wollte man deshalb Art. 80 Abs. 1 GG den Tendenzen, insbesondere des Industriesystems, im Bereiche wirtschaftspolitischer Maßnahmen entgegenhalten ³⁹⁾, so bedarf es

38) Schneider, Amt und Mandat, 14.

39) Hier zeigt sich, im Bezug etwa zu dem obigen Beispiel aus dem Ausbildungs- und Prüfungsrecht, eine unmittelbare Auswirkung der Interessen des Industriesystems auf andere Bereiche. Ein "Zwischen-Satz", den das BVfG zum Preisgesetz entwickelt (E 8, 307 ff) wird notwendigerweise in allen anderen Bereichen Anwendung finden.

eines stärkeren Argumentes. Bevor diesem nachgegangen werden kann, ist einem anderen entgegenzutreten, das in die entgegengesetzte Richtung zielt und an den größeren "Stabilisierungseffekt" des formellen Gesetzes im Verhältnis zur Rechtsverordnung anknüpft. Art. 80 Abs. 1 GG verlängert die Reaktionszeit, wenn es gilt, systembedrohenden Situationen zu begegnen. So weist Forsthoff darauf hin ⁴⁰⁾, daß in Anbetracht des notwendigen Umfangs staatlicher Aktivitäten in der modernen Industriegesellschaft die Alternative hieße, "entweder den Gesetzgeber durch eine großzügig gehandhabte Verordnungspraxis zu entlasten oder angesichts der Überforderung der Parlamente in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Verzögerungen in Kauf zu nehmen". Das Grundgesetz nun hat sich augenscheinlich für die zweite Alternative entschieden, entgegen gewichtigen Interessen des ökonomischen Bereichs, die auf allgegenwärtige und umfassende Handlungsbereitschaft und -fähigkeit der Regierung drängen. So ist die Großzügigkeit des BVfG ein Nachgeben gegenüber diesen Tendenzen, entsprechend der Grundthese von Rüthers, wenn man sie um den Hinweis auf die dominierenden Interessen des Industriesystems in der bundesrepublikanischen Gesellschaft ergänzt. Und es ist durchaus möglich, daß hieraus eine weitere Stärkung der dem Parlament nicht eben positiven Entwicklung herrührt, worauf etwa das oben erwähnte Faktum verweist, daß in steigendem Maße die Lobby direkt bei der Regierung ansetzt ⁴¹⁾.

Dabei ist die Argumentation mit der Schwerfälligkeit des demokratischen Gesetzgebungsverfahrens keineswegs plausibel, da sie eine - unzulässige - Folgerung von einer Ausnahmesituation auf den Regelfall enthält. Es mag sein, daß unvorhergesehene Umstände eintreten, die sofortiges Handeln, und sei es sogar ohne gesetzliche Ermächtigung unvermeidbar machen und in denen die Dauer des Gesetzge-

40) Forsthoff, Lehrbuch, 124.

41) Zu diesen Fragen vgl. noch Forsthoff, 70 ff; Ule, über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, 164.

bungsverfahren lähmen könnte, obgleich, nach den Regelungen der Notstandsverfassung, solche Fälle kaum mehr vorstellbar sind. Von ihnen abgesehen aber, d. h. soweit Lebenssachverhalte, soziale Spannungslagen vorhersehbar sind, ist das Schwerfälligkeits-Argument ohne Plausibilität. Eine "großzügig gehandhabte Verordnungspraxis" kann deshalb nur in einer neuartigen Situation und als "Übergangslösung" anerkannt werden. Außer in solchen Fällen ist die "Schwerfälligkeit" des demokratischen Gesetzgebers ein unverzichtbares Element, dessen Impetus in Richtung auf einen sorgfältigen parlamentarischen Willensbildungsprozeß zielt ⁴²⁾.

Der entscheidende Vorteil der vom Grundgesetz mit Art. 80 Abs. 1 GG favorisierten Lösung aber liegt in der Chance, die der demokratische Willensbildungsprozeß eröffnet, daß alle Gedanken zu einem Problem angesprochen werden, daß sogar die Opposition, wenn sie überzeugende Gesichtspunkte hat, diese in das Gesetz einbringen kann. Ob die Chance genutzt wird, steht auf einem anderen Blatt. Die Verfassungswirklichkeit für ihre Realisierung offen zu halten, ist unmittelbare Folge der Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse. Der Widerstand gegen Tendenzen zur Machtkonzentrierung, zur Manipulierung des Menschen und zu seiner Unitarisierung muß, so wurde bereits ausgeführt, in politischen Instanzen entstehen und sich in einer von ihnen betriebenen Strukturpolitik entfalten. Der einzige Ort, in dem das hierzu erforderliche Bewußtsein entwickelt werden kann, ist das Parlament. Es muß also nicht in erster Linie auf das demo-

42) Es ist im übrigen naheliegend, daß Nachlässigkeit der Parlamente hinsichtlich des im Gesetz zu normierenden "Programmes" zu einer Mehrbelastung für die Parlamente führt, indem die von der Regierung aus ihrer Handlungsintention heraus vorformulierten Programme sich als dem zu lösenden Problem inadäquat erweisen. So mußte das Lastenausgleichsgesetz von 1952 bis 1958 und von 1959 bis 1969 je elfmal (!) novelliert werden. Ein Lastenausgleichsgesetz mit klarem Programm und einer Verordnungsermächtigung hätte hier sicher das Parlament von Arbeit entlasten können.

kratische Prinzip abgestellt werden, dem, das dürfte implizite deutlich geworden sein, in der gegenwärtigen Situation nicht unerhebliche Gefahren drohen, zumindest wenn man es auf seine Realisierung, auf sein Eindringen in die "realen Verhältnisse" abstellt, wozu Art. 1 Abs. 1 GG nach dem in dieser Arbeit entwickelten Verständnis zwingt. Entscheidend ist vielmehr die Erhaltung oder Offenhaltung des "Prinzips des Beratschlagens". Es ist dies eine oftmals verkannte Tugend der Parlamente. Dabei gibt es die ernsthafte Chance, daß bei Beratungen die Parlamentarier, die in Kontakt sind mit dem Wähler ⁴³⁾, sehr viel eher die Nachteile einer Regelung sehen, die den Technokraten, wie er in steigendem Maße in den Ministerialbürokratien zu finden ist, begeistert. Das gilt insoweit für die Parlamentarier der Mehrheitsfraktion (en). Das Besondere, das es heute über Art. 80 Abs. 1 GG zu verwirklichen gilt, ist aber das pluralistische Prinzip. Vielleicht kann man sagen, daß der Regierung - wie einst dem Monarchen - in den Parlamentariern, welcher Couleur sie auch seien, der Staatsbürger gegenübersteht und daß bis hierin der liberale Gedanke trägt, daß aber in den Parlamentariern der Oppositionsfraktion (en) der Regierung eine Minderheit entgegentritt, all' die gesellschaftlichen Gruppierungen, die nicht oder nicht ausreichend in den Mehrheitsfraktionen repräsentiert sind. Daß heißt weder, daß sie wie selbstverständlich durch "den" Gesetzgeber benachteiligt werden, noch, daß die Regierung und die Mehrheitsfraktionen nur einem Teile des Staatsvolkes Beachtung schulden und verantwortlich sind. Es soll nur den Blick darauf lenken, daß das "Prinzip des Beratschlagens" den jeweils "anderen" das Recht verschafft, sich "zu Gehör zu bringen", und die Chance, gehört zu werden ⁴⁴⁾. So wird

43) Hier wird wieder das demokratische Prinzip sichtbar.

44) Dem entspricht, daß man tendenziell der ausführenden Gewalt ein egalisierendes, mithin am Gedanken der Effektivität orientiertes Denken zuordnet, dem Gesetzgeber mehr das an der Freiheit sich orientierende Denken, das sich für - effektivitätsbremsende - Ausnahmeregeln stark macht.

es möglich, dem realen Verlust an Gewaltenteilung und Funktionszuweisung an Legislative bzw. Gubernative, die Art. 80 Abs. 1 GG beabsichtigte, ein Mehr an Minderheitenschutz entgegenzusetzen und von hierher eine strenge Handhabung des Art. 80 Abs. 1 GG zu fordern, um das Parlament insgesamt, bzw. einen repräsentativen Ausschuß zu zwingen, mit aller Intensität sich der Formulierung der Programme zu widmen. Hierdurch erhält die Opposition die Chance der Einflußnahme, die allerdings eine arbeitsfähige, d. h. vor allem eine Opposition voraussetzt, die informiert ist. Dazu bedarf sie eines parlamentarischen Hilfsdienstes. Den Anspruch auf einen solchen könnte man in Verfolg des hier entwickelten Gedankens aus Art. 80 Abs. 1 GG entwickeln ⁴⁵⁾.

Mit diesem Gedanken ist zugleich der Kreis geschlossen zu der oben geäußerten Ansicht, Art. 1 Abs. 1 GG, die Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse, könne auch den organisatorischen Bereich nicht unberührt lassen. Die Formulierung der Forderung deutet an, daß sie auch Leistungsansprüche umfaßt ⁴⁶⁾. Einen solchen Anspruch im organisatorischen Bereich hat die Analyse des Art. 80 Abs. 1 GG ergeben, oder, genauer, die Anreicherung dieser problematisch gewordenen Norm mit neuen Gehalten aus der Perspektive des Art. 1 Abs. 1 GG: Wenn es stimmt, daß Art. 1 Abs. 1 GG die Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse verlangt, und wenn es stimmt, daß aus dem ökonomischen Sektor des gesellschaftlichen Systems der Bundesrepublik Deutschland erhebliche Kräfte wirken, die einer Humanisierung der gesellschaftlichen Verhältnisse entgegenwirken, und wenn es schließlich stimmt, daß die wichtigste Aufgabe der staatlichen Stellen, vor allen anderen der Regierung und der sie tragenden Fraktion (en) darin besteht, kontinuierliches Wachstum der Wirtschaft zu gewährleisten, - und vom Vorliegen dieser drei Voraussetzungen geht die Arbeit aus -,

45) Er müßte wohl im Wege eines Organstreites gegen das Parlament geltend gemacht werden.

46) Ein Versuch, den status positivus im Beziehungskomplex Staat - Bürger zu systematisieren, wird am Ende der Arbeit unternommen.

dann kann, überspitzt, gesagt werden, die politischen Kräfte, die Humanisierung wollen, sitzen immer in der Opposition ⁴⁷⁾. Damit ist allerdings nicht gesagt, daß jede Gruppierung, die in die Opposition gerät, für menschlichere Verhältnisse sich starkmachen muß. Nur die Chance hierzu besteht.

Danach bleibt festzuhalten, daß kein Anlaß besteht, Art. 80 Abs. 1 GG "großzügig zu handhaben", wie das BVfG es tut, da das mit dieser Norm angestrebte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen der Legislative und der Gubernative in seiner Ausrichtung gegen freiheitsverkürzende Machtkonzentration mit neuen normativen Gehalten angereichert und deshalb erhalten bleiben kann ⁴⁸⁾. Es muß deshalb mit positiver Erwartung der Entwicklung entgegengesehen werden, die Haßkarl glaubt andeuten zu können, wenn er nach der Analyse der Rechtsprechung des BVfG zu Art. 80 Abs. 1 GG feststellt ⁴⁹⁾, daß neuere Entscheidungen ⁵⁰⁾ eine leichte Tendenz zur Verschärfung der Anforderungen an ein hinreichend präzises "Programm" in der Ermächtigungsnorm erkennen ließen. Das wäre eine erfreuliche Entwicklung, insbesondere wenn in Anbetracht des Multiplikatoreffekts der anderen Gerichte als Folge einer solchen Rechtsprechung bundesweit die Position des Parlamentes sich verstärken könnte ⁵¹⁾ und wenn es gelänge, Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG in möglichst vielen Bereichen der Rechtsetzung Geltung zu verschaffen, wie es etwa die Rechtsprechung des Obergerichts Koblenz für das Landesrecht andeutet ⁵²⁾ oder wie es Rupp für den gesamten Bereich der leistenden Verwaltung unternimmt ⁵³⁾. Schließlich hat das BVfG Art. 80 Abs. 1 GG immerhin insoweit

47) Indizien hierfür sind die Tatsache, daß Parteien, die reformwillig an die Regierungsmacht gekommen sind, regelmäßig enttäuschen und daß Oppositionsparteien in wirtschaftspolitischen Fragen regelmäßig relativ reformfreudig sind. Für den ersten Fall steht die Regierung Brandt und für den zweiten die starke Position des Abgeordneten Katzer nach dem Verlust seines Regierungsamtes.

48) Damit enthält die Arbeit einen Versuch, die Forderung Hesses, Grundzüge, 196, nach erneutem Durchdenken des herkömmlichen Staatsverständnisses und seiner Begriffsapparatur zu erfüllen.

49) Haßkarl, 107.

50) Die Untersuchungen Haßkarls umfassen allerdings nur die ersten 23 Bände der Amtlichen Sammlung.

in die Landesgesetzgebung eingeführt, als Rechtsverordnungen die Garantie kommunaler Selbstverwaltung betreffen⁵⁴⁾. Man kann Schneider zustimmen, wenn er bemerkt⁵⁵⁾, daß ein "Gefühl für die Notwendigkeit, das Gewaltengleichgewicht zu erhalten, lebendig geblieben" sei. Von Art. 1 Abs. 1 GG her besteht dazu ein verfassungsrechtliches Gebot. Zugleich folgt aus der Ableitung dieser Pflicht aus der Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse die Grenze, bis zu der hin Rechtsverordnungen zu "kassieren" sind, deren "Programm" nicht ausreichend präzise ist. Sie liegt bei der Funktionsfähigkeit des ökonomischen Sektors. Der Weg, auf dem in kritischen Fällen einstweilen geholfen werden kann, d. h. bis zur Setzung neuer Normen, die dann wohl nicht mehr rückwärts zu wirken brauchen, ist vorgezeichnet etwa in der Strafgefangenen-Entscheidung⁵⁶⁾ oder der zum *numerus clausus*⁵⁷⁾. Es ist der Weg über die Einräumung von Fristen, bis zu denen eine alte, mangelhafte Regelung, wenn sie mit sonstigen Grundsätzen aus der Natur des zu regelnden Sachbereichs nicht in Widerspruch steht, noch gelten soll. Von dem hier bereitliegenden Schema hat das BVfG für Art. 80 Abs. 1 GG noch keinen Gebrauch gemacht. Insgesamt ist es vielmehr hinter dem Impuls der Bestimmung zurückgeblieben. Entsprechende Tendenzen in Richtung auf Schwächung des rechtsstaatlich-gewaltengliedernden Instrumentariums sind in der Verfassungswirklichkeit mannigfach auffind-

51) Der von Forsthoff, Lehrbuch, 124, herausgestellten Gefahr der Überlastung würde sicherlich mit einer Organisationsreform der Parlamente abgeholfen werden,

52) Vgl. in Fußnote 36 zitierten Beschluß; anders Hess. StGH DÖV 69, 634.

53) Rupp, Grundfragen, 113 ff.

54) BVfGE 26, 237.

55) Schneider, Gewaltenteilung, 49.

56) BVfG NJW 72, 811 ff.

57) BVfG NJW 72, 1661 ff.

bar. Erinntert sei insbesondere an den Verlust von vertikaler Gewaltenteilung, die das bundesstaatliche Element mit sich bringen wollte und zum Teil auch gebracht hat. Beinahe jede Verfassungsänderung hat insoweit eine Verstärkung der Zentralgewalt bewirkt. Doch soll diesen Fragen nicht nachgegangen werden⁵⁸⁾. Es ist aber noch eine Darstellung der Problematik der Dritten Gewalt erforderlich, zur Rückannäherung an das zentrale Thema der Arbeit, an die Frage, ob von dem BVfG Hilfe zu erwarten ist gegenüber den sogenannten "ökonomischen Sachzwängen". Denn unabhängig von seinem Vorverständnis ist eine "Hilfe" durch das BVfG nur dann möglich, wenn es an die zentralen Fragen überhaupt herankommt. Und hier ist ein Hindernis zu überwinden, das praktisch allen Gerichten sich entgegenstellt, wenn sie der Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse sich verpflichtet wissen: Das Industriesystem setzt bei der Wahrnehmung seiner Interessen bereits in der Phase der Gesetzesvorberatungen an, was zur Folge hat, daß Gerichte wegen ihrer Gesetzesbindung meist zu spät kommen. Sie werden regelmäßig nämlich erst dann angerufen und können grundsätzlich erst dann angerufen werden, wenn ein Gesetz erlassen ist. Dann aber streitet für das Gesetz das demokratische Prinzip. Doch wird hierauf zurückzukommen sein.

Die Crux steckt in dem Unterschied von "Rechtsweg" und "Richtermonopol"⁵⁹⁾. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß verfassungspolitisch "die Aufwertung der Dritten Ge-

58) Vgl. hierzu den Versuch von Hesse, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe, 1962, der es unternimmt, das föderalistische Prinzip durch Neuverständnis mit neuem Gehalt zu füllen. Sein Impetus deckt sich mit dem in dieser Arbeit verfolgten Ziele der Re-Aktivierung auf Humanität bezogener Impulse in den Institutionen des Verfassungsrechts.

59) Zur Definition dieser beiden Begriffe: Herzog, MDH, Rdnr. 36 und 39 zu Art. 92 GG.

walt" 60) ein Versuch ist, im Rahmen der herkömmlichen Gewaltenteilungslehre die Freiheit des Einzelnen auch gegen das Gesetz, gegen das "Politische" abzuschirmen. Die Erfahrungen des nationalsozialistischen Regimes hatten gelehrt, daß auch der Souverän, das Volk, zu mancherlei fähig war. Der Verfassungsgeber hatte gelernt. Art. 1 Abs. 1; Art. 19 Abs. 2 und 4, Art. 79 Abs. 3 GG bezeugen das und nicht zuletzt die Einsetzung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Doch stellt sich die Frage, ob der Versuch ein tauglicher ist.

Hierbei stellt die Unabhängigkeit des Richters noch das kleinste der Probleme dar, obzwar auch sie von hohem Rang ist 61). In Bezug auf sie hat die Rechtsprechung des BVfG klare und vorwärtsdrängende Position bezogen 62), ein Vorgang, der insbesondere deshalb von Bedeutung ist, weil das Gericht sein Denken auf die konkrete Situation des Richters hinlenkt 63), anders als im Grundsatz bei Art. 1 Abs. 1 GG. Von der hier zu dieser Vorschrift vertretenen Auffassung, deren Geltung auch im organisatorischen Bereich zu bejahen ist, ergibt sich eine Pflicht zur Hinwendung auf die realen Verhältnisse, unter denen Rechtsprechung stattfindet, von selbst, da nur bei in concreto verwirklichter Unabhängigkeit des Richters die Möglichkeit besteht, als "Unbeteiligter" zu entscheiden, der nicht mit einer dem Standpunkt etwa der Verwaltung zuwiderlaufenden Entscheidung (oder gar einer dieser "aggressiv" erscheinenden Formulierung) eigene Interessen riskiert.

60) Dürig, MDH, Rdnr. 6 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

61) Vorschläge, diese weiter abzusichern, entwickelt Schneider, Demokratie und Justiz, 159 ff. Inzwischen sind erste Schritte in Richtung auf die Verwirklichung der vorgeschlagenen Maßnahmen getan.

62) Sie ist kondensiert in der Entscheidung zur Hessischen Richterbesoldung, NJW 72, 25 ff.

63) Wie es Hesse, Grundzüge, 221, Fußnote 59, fordert und Schneider (Fußnote 61) praktiziert.

Doch selbst dann, wenn die im Problemkreis der richterlichen Unabhängigkeit auftauchenden Fragen beantwortet sind und deshalb die Anrufung eines Gerichts, das Beschreiten des Rechtsweges, eine Chance eröffnet, zu einer an der Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse orientierten Entscheidung zu kommen, ist allenfalls ein erster Schritt getan. Denn es besteht in den Bereichen, auf die es ankommt, wenn der Mensch gegen Manipulation zumindest tendenziell immunisiert werden soll, kein "Richtermonopol" in der Weise, daß hier Entscheidungen nur durch den Richter getroffen werden können. Das ist, in Anbetracht der Ausbildung zum Richter und auf Grund des demokratischen Prinzips, auch sinnvoll. Die Bereiche, die angesprochen sind, sind die Beziehungen zwischen Parlament und Regierung auf der einen und Industriesystem auf der anderen Seite; die Beziehungen des Industriesystems zu dem es umlagernden Bereich der Zulieferer und Abnehmer; und die Einflußnahme des Industriesystems auf die Sozialisationsinstitutionen, bzw. deren Organisation. In der letzten Frage, im Bereich der Sozialisationstechnik insgesamt, ist die Einflußnahme, von der das Wirtschaftswachstum im allgemeinen profitiert, im wesentlichen konservierender Natur. Die Gründe dafür wurden angedeutet. In allen genannten Bereichen fallen pausenlos Entscheidungen, auf deren Inhalt der Richter grundsätzlich keinen Einfluß nehmen kann. Die Eröffnung des Rechtsweges ändert hieran nichts. Denn ohne ein - nicht wünschenswertes - Richtermonopol werden Gerichte mit den in diesen Bereichen anstehenden Fragen nur befaßt, wenn ein Beteiligter (Privater oder Behörde) es will, wobei dieser "Wille" bei der aufgezeigten Vermarktung, d. h. hier auch: Vermachtung keineswegs ein freier ist. Die Kontakte zwischen Regierung und Parlament und Industriesystem vollziehen sich im politischen Raum, im Vorfeld des Rechts. Die Beziehungen zwischen dem Industriesystem und anderen Wirtschaftseinheiten sind privatrechtliche. Zu Rechtsstreitigkeiten kommt es auf Grund der Marktmacht des Industriesystems kaum, und

wenn, dann werden sie im Schiedsgerichtsverfahren geregelt. Zu "Rechtsprechung" kommt es deshalb selten ⁶⁴⁾. Entsprechendes gilt, wenn das Industriesystem es unternimmt, auf die Struktur von Familie, Schule, peer group und Massenmedien Einfluß zu nehmen. Die Mechanismen der Interessendurchsetzung und Streiterledigung sind in diesen Fragen nicht solche des Rechts, womit selbstverständlich ihre Rechtswidrigkeit nicht behauptet werden soll.

Soweit die Beziehungen wie die des Industriesystems zu anderen gesellschaftlichen Kräften bürgerlich-rechtlicher Natur sind, ist ein "Zugriff" durch den Richter nur ausnahmsweise möglich, dann nämlich, wenn die Marktmacht erdrückend wird und Verständigung ausgeschlossen erscheint: "Blinkfüer" wendet sich gegen Springer an die ordentliche Gerichtsbarkeit, wobei angemerkt werden muß, daß Springer nicht dem Industriesystem zugehört, obgleich alles, was an Gründen für und wider die Konzentration im Industriesystem spricht, auch für den Bereich der Presse gilt. Das Recht hier machtbegrenzend einzusetzen ist möglich, wenn auch die Fälle, in denen es zu einer Streiterledigung per Urteil kommt, selten sind. Es soll nur angemerkt werden, daß neben den Machtstrukturen im ökonomischen Sektor, auch Gründe, die Natur der Rechtsprechung betreffend, zu erwähnen sind, die einer Streiterledigung per Urteil entgegentendieren, so die Vorbildung des Richters und die Natur des Urteils selbst, das autoritativ einseitig und potentiell verbindlich einen Streit entscheidet ⁶⁵⁾. Es ist denkbar, daß hierdurch Kräfte produziert werden, die danach streben, sich außerhalb des Gerichts und deshalb ohne dessen Einfluß zu arrangieren, und daß das BVfG hierzu

64) Man könnte hier über die Bildung eines "Richtermonopoles" nachdenken, etwa indem das Bundeskartellamt wie eine staatsanwaltschaftliche Behörde einem Gericht beigeordnet und aus der Weisungsgebundenheit an das Bundeswirtschaftsministerium herausgenommen wird. Es hätte dann "Anklage" zu erheben !

65) BVfGE 7, 188/9, führt aus, daß die Dritte Gewalt auf "Entscheiden" hin angelegt sei.

beigetragen hat, als es "die Rechtsprechung" in Art. 92 GG traditionell und rigide interpretierte und sich der Entwicklung einer Friedensgerichtsbarkeit versagte⁶⁶⁾. Ein weiterer Faktor, der gegen eine Klageerhebung spricht, ist die durchschnittliche Länge des Verfahrens. Hier werden in der Ausbildung des Richters und in der Organisation des gerichtlichen Verfahrens Widerstände dagegen sichtbar, daß die Dritte Gewalt die ihr anvertraute Möglichkeit realisiert, einen Beitrag zur Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse zu leisten.

Alle diese Fragen sind gegenwärtig in der Diskussion. Es wird versucht, das gerichtliche Verfahren zu beschleunigen ("Stuttgarter Modell"). Es wird gefordert, den Richter an die Grundlagenfächer des Rechts, an Ökonomie, Soziologie und Psychologie heranzuführen, damit er die zu lösenden Fälle in ihrem Problemzusammenhang sieht, obgleich an seiner "Unbeteiligtheit" nicht gerüttelt werden soll und er auch seiner Rechtsanwendungsfunktion verbunden bleiben soll. "Die Rechtsbewahrungsaufgabe fordert Aufgeschlossenheit für die je sich wandelnde soziale Wirklichkeit und neue Formen der Wirklichkeitsbewertung" 67). Der "neue" Richter, so wird vermutet, wird selbständig Strategien entwickeln, um Konflikte zu schlichten, er wird nicht mehr Subsumtionsautomat sein, sondern "Sozialingenieur", er "muß ... von der bisherigen Stabsfunktion zur Betreuungsfunktion hinüberwechseln" 68), um in "Passivität partikulare soziale Konflikte" aus der Welt zu schaffen 69).

Doch sollte der Lärm, unter dem die Auseinandersetzungen um den neuen Richter stattfinden, nicht täuschen über die Möglichkeiten, die er haben wird. Es hat den Anschein, als handele es sich mehr um einen Akt der Defensive, mit dem man hofft, verlorenes Terrain zurückgewinnen zu können,

66) BvfGE 10, 200; 11, 136.

67) Schneider, Demokratie und Justiz, 157.

68) Rasehorn, 281.

69) Rottleuthner, 14.

als um einen zu erringenden Sieg. Die ursprüngliche Annahme nämlich, daß es genüge, in der Verfassungskunde die Dritte Gewalt "aufzuwerten" und sie in letzter Instanz an den Grundsatz der Menschenwürde zu binden, um eine menschenwürdige Gesellschaft, allen möglichen Feinden zum Trotz, zu bauen, erweist sich als falsch. Aus einem solchen Traum erwacht und enttäuscht, gibt man sogleich dem Richter die Verantwortung, indem man ihn für falsch programmiert erklärt und ein neues Programm fordert. Aber auch mit dieser Modifikation läßt die ursprüngliche Annahme sich nicht aufrechterhalten ⁷⁰⁾.

Es kann deshalb zwar der Gedanke, daß die Aufwertung der Dritten Gewalt, sub specie des Art. 1 Abs. 1 GG, einen sorgfältigen Ausbau der richterlichen Unabhängigkeit verlange, um einen weiteren ergänzt werden, nämlich um den der notwendigen Veränderung des richterlichen Vorverständnisses, ausgehend von der Erkenntnis, daß Rechtsverwirklichung in unlösbarer Verquickung von Norm- und Wirklichkeitsorientierung sich vollzieht, und mit dem Ziel, daß der Richter in den Stand versetzt wird, sich in der Wirklichkeit zu orientieren, die Gefährdungen die immer erneut entstehen, zu bemerken und so seinen Einfluß, nicht jedoch seine persönlichen Richtigkeitsvorstellungen von gesellschaftlicher Gegenwart und Zukunft zur Geltung zu bringen ⁷¹⁾. Diesbezüglich ist in den methodischen

70) Daß der Vorgang im übrigen geeignet ist, das Versagen der anderen Gewalten, vor allem des Parlamentes zu kaschieren, sei nebenbei angemerkt. Aktivität im Bereich der Dritten Gewalt dient damit zugleich der Legitimation der anderen Gewalten.

71) Schneider, Gewaltenteilung, 66, bemerkt, daß der Richter seiner Aufgabe "Sinn- und Wertgehalt von Normen "zu bewahren und zu bewahren", sich nicht entziehen dürfe. Er müsse deshalb das Recht fortbilden, "um es lebendig zu erhalten". Dem ist zuzustimmen. Doch steckt das Problem in der Frage, wie denn der Richter erkennen kann, von woher dem "Sinn- und Wertgehalt" Gefahren drohen und durch welche Reaktionen dieser lebendig gehalten werden kann. Hierzu bedarf es der gedanklichen Vorwegnahme der Folgen einer Entscheidung und der Analyse, ob in den Folgen der Sinn- und Wertgehalt wirklich erhalten werden kann.

Darlegungen bereits das Problem der "Rechtsanarchie" abgehandelt worden. Es erwies sich im wesentlichen als theoretisches, während umgekehrt die Gefahr der Preisgabe von Normen und Normgehalten zugunsten jeweils neuer "politischer" Vorstellungen die reale Gefahr darstellt. Die Veränderung und Bewußtmachung des richterlichen Vorverständnisses muß gerade hier ansetzen. Damit ist aber das eigentliche Problem, das sich im Bereich der "aufgewerteten" Dritten Gewalt stellt, erst freigelegt. Mangels "richterlicher Monopole" ist eine Beteiligung der Dritten Gewalt am Entwicklungsprozeß der Gesellschaft, auch an der Bildung des öffentlichen Bewußtseins, davon abhängig, daß ein Beteiligter ein Gericht anruft. Die Begründung und Abwicklung von bürgerlichen Rechtsverhältnissen ohne Einschaltung eines Richters sind ebenso die Regel wie Begründung und Abwicklung von Rechtsverhältnissen im Beziehungskomplex ausführende Gewalt - Bürger. Hieran kann im Prinzip auch nicht gerüttelt werden. Damit aber kann der Richter nur "punktuell" ⁷²⁾ an der Schaffung oder Erhaltung menschenwürdiger Verhältnisse mitwirken. Insoweit hat das Grundgesetz keine Änderung gebracht, wenn man von exzeptionellen Erscheinungen wie Art. 21 Abs. 2 GG absieht.

Es ist deshalb zu fragen, wie denn die "Aufwertung" der Dritten Gewalt realisiert werden kann, wie der Impuls, den das Grundgesetz hier formulierte, "lebendig" gemacht oder erhalten werden kann. Die möglichen Antworten sind im Bereich des bürgerlichen Rechts von denen im Bereich des öffentlichen Rechts verschieden. Ihnen gemeinsam ist der Ausgangspunkt, die Bindung des Richters an das Gesetz, Art. 20 Abs. 3, Art. 97 GG. Der Richter hat das Gesetz zu verwirklichen, anders als ein "Politiker" ⁷³⁾. Nur dort,

72) Damit soll nicht verkannt werden, daß jedes zumindest höchstrichterliche Judiz den Einzelfall überragt. Das wird im Verwaltungsrecht besonders deutlich, weil hier regelmäßig alle weiteren Entscheidungen der Verwaltung dem Judiz folgen.

73) Nach den Ausführungen zu den Feststellungen von Rüthers dürfte allerdings klar sein, daß der Richter damit keineswegs unpolitisch ist.

wo ein Gesetz ist, kann er es verwirklichen. Insoweit muß aus der "Aufwertung" der Dritten Gewalt der Schluß gezogen werden, daß "mehr Gesetz" sein soll. Die hieraus zu entwickelnden Konsequenzen werden diese These verdeutlichen.

Im bürgerlichen Recht entstehen rechtliche Beziehungen grundsätzlich ohne Mitwirkung des Staates ⁷⁴⁾. Ausnahmen finden sich im Ehe- und Kindschaftsrecht und in einigen anderen Normen, wie etwa § 313 BGB und den Formvorschriften des Aktienrechts. Vertragliche Bindungen sind weitgehend vom Willen der Parteien abhängig, da das bürgerliche Recht in hohem Maße nachgiebiges Recht ist. Der Vertrag kann insoweit als eine "die Parteien bindende Teilrechtsordnung" ⁷⁵⁾ bezeichnet werden, deren Zulässigkeit auf Gesetz (§ 305 BGB) beruht. Der Vertrag selbst ist aber nicht "Gesetz".

Wenn nun die Normanalyse erbringt, daß die Dritte Gewalt aufgewertet wurde, um ihren Einfluß auf die Schaffung und Erhaltung menschenwürdiger Verhältnisse zu erhöhen, und wenn die Realanalyse zeigt, daß im Verhältnis des Einzelnen zur Gesellschaft, insbesondere aber innerhalb des ökonomischen Sektors, ein Prozeß zunehmender Vermachtung zu beobachten ist, der, entgegen der klassischen Theorie, den Grundsatz der Vertragsfreiheit als realiter nicht mehr wirksam erweist, dann folgt hieraus, daß die Möglichkeit, über das Gesetz zu disponieren, die das Gesetz ja vorsieht, mit den Richter verpflichtender Kraft, einengend auszulegen ist. Juristisch heißt das, daß der gesetzlichen Regelung mit der in ihr zum Ausdruck gelangten Interessenabwägung und -bewertung im Grundsatz der Vorrang gebührt. Disponierbar sind die

74) Der Denkansatz der "Reinen Rechtslehre" soll nicht erörtert werden, der als einziges Zuordnungssubjekt des Rechtes den Staat sieht. Gegen ihn wendet sich Rupp, Grundfragen, 148 ff.

75) Larenz, 45. Nach keiner der zu "Recht" i. S. von Art. 20 Abs. 3 GG vertretenen Ansichten ist der Vertrag "Recht" in diesem Sinne.

Normen nur bei Vorliegen eines besonderen sachlichen Grundes, den jeweils der zu beweisen hätte, der sich auf eine vom Gesetz abweichende Regelung beruft ⁷⁶⁾.

Diese Auffassung weicht zumindest im theoretischen Ansatz von der der herrschenden Meinung ab, die sich im wesentlichen auf den Gedanken der Mißbrauchsabwehr beschränkt. Ob die praktischen Konsequenzen sehr verschieden wären, mag dahinstehen. Immerhin wäre die heute übliche, wenn auch als problematisch erkannte rein technische Betrachtungsweise der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht mehr möglich. Daneben liefert der entwickelte Gedanke den einzig tragenden Gesichtspunkt für die Ansicht der herrschenden Meinung ⁷⁷⁾, daß Unklarheiten in der Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Lasten dessen gehen, der sie aufgestellt hat. Im Ergebnis wird die Schwäche der Position eines Vertragspartners, die sich in der Abdingung einer ihm günstigen Norm zeigte, über die Rechtsprechung beseitigt, indem diese den von dem "Schwachen" geschlossenen Vertrag in einer Form ergänzt, die er hätte, wenn der "Schwache" gleichberechtigt wäre, wie das Gesetz es unterstellt. Ähnliche Tendenzen verfolgt die heute h. L., wenn sie über die Generalklauseln das "Wertsystem" des Grundgesetzes in das Zivilrecht einfließen läßt ⁷⁸⁾. In dieser Hinsicht hat gerade das BVfG der Zivilrechtsprechung bedeutsame Impulse gegeben ⁷⁹⁾. Sie sind aus dem Obersatz "Mehr Gesetz" ! heraus zu entwickeln. Allerdings ist das Gericht

76) So Nipperdey, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 301 f, gegen die h. L.; auch Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, 92.

77) Vgl. aber BGHZ 22, 97 f, der für den Inhalt vom Gesetz abweichender AGB'en auf / 242 BGB abstellt, der wegen seiner Weite allerdings auch nur Treuwidrigkeiten ausschließt.

78) Vgl. hierzu Dürig, MDH, Rdnur. 16 zu Art. 1 Abs. 1 GG.

79) Vgl. etwa das "Lüth-Urteil" BVfGE 7, 208 f; auch BVfGE 12, 113 ff.

dabei, seine Kontrolle darüber, ob die Impulse des Verfassungsgesetzes in der Zivilrechtsprechung empfangen werden, zu lockern. In dem erkennbaren Interesse, nicht zu einer allgemeinen "Superrevisionsinstanz" zu werden, will es seine Kontrolle darauf beschränkt sehen, daß der Zivilrichter die Grundrechtsberührung des von ihm zu entscheidenden Falles und die Thesen des Gerichtes dazu gesehen hat. Es will nicht mehr überprüfen, ob die Anwendung seiner Thesen durch den Zivilrichter sachgemäß war⁸⁰⁾. Das ist ein bedenklicher Schritt, der mit der aus Art. 1 Abs. 1 GG in Hinblick auf die "Aufwertung" der Dritten Gewalt abzuleitenden Forderung nach "mehr Gesetz" nicht zu vereinbaren ist.

Ein Anzeichen der Sensibilität für die sich im Verhältnis der Bürger zueinander entfaltende Machtproblematik, die, wie dargelegt, der klassischen liberalen Theorie die reale Grundlage entzieht, war die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, wonach die Grundrechtsnormen unmittelbare berechtigende und verpflichtende Wirkungen in den Rechtsverhältnissen der Bürger untereinander entfalten sollten⁸¹⁾.

Der Ausgangspunkt, der Wunsch, den sozial Schwachen gegen gesellschaftliche Mächte abzusichern, ist von Art. 1 Abs. 1 GG her vertretbar. Doch übersieht diese Lehre, daß die Konsequenzen, die sie zieht, an einem dogmatischen Einwand scheitern müssen, der sich auf die Struktur der Grundrechtsnormen beschränkt. Die Grundrechte verdanken ihre Struktur den besonderen Gefahren, denen sie begegnen sollen. Von hierher ist ihr wesentliches Element, der "Absolutheitsanspruch" in der Staatsrichtung, konzipiert. Der Bürger soll von einem Risiko freigestellt werden, das darin besteht, daß er den Staat mit seinen Möglichkeiten aus dieser Rechtsbindung entläßt, auf Grund von Versprechungen oder Hoffnungen. Der Beziehungskomplex Staat - Bürger soll aus der Gefahr, "kommerzialisieren" zu werden,

80) BVerfG NJW 72, 573 mit ablehnender Anmerkung von Schröder. NJW 72, 675.

81) Nipperdey, Die Würde des Menschen, 35 ff.

herausgehalten werden. Damit ergänzt die Grundrechtsstruktur das objektiv verstandene Gesetzmäßigkeitsprinzip.

Ein solcher Absolutheitsanspruch ist mit dem Zivilrecht unvereinbar ⁸²⁾, denn er erlaubt nicht, im Hinblick darauf zu differenzieren, ob in einem konkreten Rechtsverhältnis die Tendenz zur Vermachtung sich niedergeschlagen hat, ob mithin der Vertrag eine Vereinbarung unter gleichen und freien Menschen war oder ein Diktat. Juristisch reizvoll ist hierbei natürlich der Zwischenbereich, in dem weder das eine noch das andere deutlich vorhanden ist. Die entscheidende Frage, wie diese mittleren Fälle zu lösen sind, kann deshalb eine Lehre, die, im Prinzip, von einem Mißbrauch ausgeht, genau so wenig gerecht werden wie eine Auffassung, die die Vermachtungstendenzen, die auf breiter Front sichtbar werden, vernachlässigt. Insoweit ist die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ein zu grober Keil, indem sie ohne Differenzierungsmöglichkeit bleibt und an einem wesentlichen Element der Forderung aus Art. 1 Abs. 1 GG vorbeisieht. Die menschenwürdigen Verhältnisse sind auf Individualität hin angelegt. Deshalb geht es nicht an, eine Vereinbarung allein um dessen willen für rechtswidrig zu erklären, weil sie nicht den Wertvorstellungen des Grundrechtskataloges entsprechen. Das wäre ein gesetzlich angeordneter Zwang zur Konformität, der nicht einmal in Anbetracht der relativen Weite der Grundrechtsbestimmungen akzeptiert werden kann. Der hier aufgezeigte Weg erlaubt dagegen sehr viel feinere Lösungen, deren Ausgangspunkt die Vermutung ist, daß der Mensch in Freiheit sich rechtmäßig verhalten werden ⁸³⁾, wobei das "rechtmäßig" hier als "gesetzmäßig" zu lesen ist. Der individualitätsfreundliche Impetus des Zivilgesetzes bleibt erhalten, indem die Möglichkeit zur Disposition über das Recht im übrigen aufrechterhalten, auf ihren eigentlichen Ursprung zurückgeführt wird ⁸⁴⁾. Daß damit nicht

82) So auch Rupp, Grundfragen, 242.

83) Schneider, In dubio pro libertate, 270.

84) Hierbei darf nicht übersehen werden, daß das BGB von 1900 in mancherlei Beziehungen generell renovierungsbedürftig ist.

alle Probleme, die die Tendenz zur Vermachtung des bürgerlichen Bereichs, vor allem des Verhältnisses Produzent - Konsument, mit sich bringt, gelöst sind, ist augenscheinlich. Insbesondere bleibt die Frage nach dem "gerechten Preis" offen, d. h. die Frage nach dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Sie bleibt einstweilen dem Markt und deshalb, nach den getroffenen Feststellungen, tendenziell eher den Produzenten überlassen, soweit nicht, wie etwa auf Grund es europäischen Agrarpreissystems, oder im Mietrecht mit dem Institut der Vergleichsmiete, staatliche Einflußnahme stattfindet. Ähnliches gilt im Hinblick auf die Pflicht zum Vertragsabschluß, die bislang nur über den Gedanken der Sittenwidrigkeit, aber mit praktikablen Ergebnissen eingeführt ist. Insoweit kommt der anerkannte Grundsatz von der "Ausstrahlungskraft" der grundrechtlichen Wertungen über die zivilistischen Generalklauseln zum Tragen⁸⁵⁾. Die Frage, ob in bestimmten Fragen eine Pflicht zur Setzung von Rechtsnormen bestehen oder entstehen könnte, sei nur angedeutet, Im Prinzip dürfte sie zu bejahen sein, nämlich dann, wenn die schon heute nicht mehr individuell, sondern kollektiv funktionierenden Gleichgewichtskräfte auf einem Markt ein gewisses Maß an Ungleichgewicht überschreiten.

Hier kam es darauf nicht, sondern nur darauf an darzulegen, in welcher Weise die "Aufwertung" der Dritten Gewalt für den Bereich der Entscheidungen in Zivilsachen Folgen zeitigt. Der Katalog der Konsequenzen ließe sich erweitern⁸⁶⁾.

Das Verhältnis von Freiheit und Zivilgesetz kann jedenfalls nicht nach dem Schema Gesetz = Freiheitsbeschränkung gelöst und als Gegensatz verstanden werden, obgleich auch

85) Systematisch korrekt ist dieser Gedanke wohl nur über die von Art. 1 Abs. 3 GG vermittelte Bindung des Richters an die Grundrechte zu begründen. Vgl. insoweit Rupp, Grundfragen, 236, Fußnote 421; zweifelnd Hesse, Grundzüge, 147.

86) Hier wäre insbesondere einer Vermutung gegen das Vorliegen von dispositivem Recht das Wort zu reden.

im Beziehungskomplex Bürger - Staat denkbar ist, und zwar in allen Normen des *ius cogens*. Dieses könnte begriffen werden als Freiheitsverkürzung in Bezug etwa auf einen Vertragspartner zum Zwecke der Schaffung von freiheitlicher Position in Bezug auf den anderen. Damit würde aber der Begriff der Freiheit vorab als prinzipiell unbegrenzt angesehen und verkannt, daß der Zivilgesetzgeber den Bereich der Freiheit im Verhältnis der Bürger untergebende Rechtsposition Eigentum Eigentümerrechte garnicht existieren ⁸⁷⁾. Es verbietet sich eine Vorabbefrachtung des "Eigentums" mit der jeweils geltenden Eigentumsordnung ⁸⁸⁾, wenn auch die Grundstruktur der tradierten Eigentumsordnung als Institutsgarantie verfassungskräftig geworden sein dürfte. Solange diese Grundstruktur als solche gewahrt ist, formt folglich das Gesetz die Freiheit. Da das Zivilgesetz, jedenfalls im großen und ganzen, auf Korrespondenzverhältnisse angelegt ist ⁸⁹⁾, stiftet etwa das Schuldrecht mit seinen Vertragstypen die Freiheit beider Partner ⁹⁰⁾. Genau damit aber kommt man zu einer Vermutung zugunsten der gesetzlichen Regelung, welche da-

87) Das gilt auch dann, wenn man dem Eigentum die Qualität eines Naturrechtes zuspricht. Der naturrechtliche Satz wäre die oben im Text angesprochene "Norm".

88) Rupp, Grundfragen, 235 ff.

89) Anders könnte es sich im Deliktsrecht verhalten, das in hohem Maße von außerhalb seiner selbst liegenden Normen konstituiert ist und dadurch die Struktur dieser anderen Normen in sich aufnehmen könnte.

90) Das Ergebnis, daß Freiheit im Bereich des Zivilrechts das Produkt des Gesetzes sein soll, erscheint nur auf den ersten Blick befremdlich. Es wird aus dem Gedanken heraus verständlich, daß die Vorschriften des BGB Interaktions-schemata normieren, die wie alle derartigen Schemata sozial definiert, mithin dem Individuum vorgegeben werden. Die Aufgabe eines von der Forderung des Art. 1 Abs. 1 GG geleiteten Gesetzgebers besteht folglich darin, Interaktionssysteme zu normieren, durch die ein sachliches Gleichgewicht der Interagierenden, d. h. deren Interessendurchsetzung in vernünftigem, nicht machtmäßig strukturiertem Rahmen ermöglicht wird. Eine Anpassung an besondere Interessenlagen, wie sie das Prinzip der Vertragsfreiheit den Parteien an die Hand geben will, bleibt auch nach der im Text vertretenen Ansicht selbstverständlich zulässig. Vgl. hierzu auch Erhard Denninger, Gewalt, innere Sicherheit und demokratischer Rechtsstaat, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1973, 268 (272, linke Spalte).

mit als Beschreibung des freiheitlichen Normalverhaltens interpretiert wird.

Das erhellt, warum die Konsequenzen aus der "Aufwertung" der Dritten Gewalt im Bereich des öffentlichen Rechts im wesentlichen in einen anderen Problemkreis verweisen nämlich in den des Rechtsstaates. Das öffentliche Recht sieht die Rechtsbeziehung zwischen dem Staat, bzw. seinen Organen und dem Einzelnen, im Kern in dem bekannten "Über-Unterordnungsverhältnis", wo es nicht um die Ausarbeitung zweier Freiheiten geht, die prinzipiell gleichwertiger Individualität zuzuordnen wären. Das Verwaltungsgesetz ist vielmehr von einer Entgegensetzung von individuellen und öffentlichen Interessen getragen, die, was auf Grund der Tatsache, daß Gesellschaft ein System ist, sich von selbst versteht, aufeinander bezogen sind und sich wechselseitig stützen. Dennoch sieht das Verwaltungsrecht sie primär als "feindlich".

Von diesem Ansatz her ist der Grundsatz in dubio pro libertate mit der Vermutung pro auctoritate legislatoris in Beziehung zu setzen, wie es Schneider unternommen hat ⁹¹⁾. Zugleich ist das von ihm entwickelte Verhältnis aber auf den Bereich begrenzt, in dem öffentliches und privates Interesse aufeinanderstoßen. Insoweit kann der Einwand Hesses gegen eine Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen nicht durchgreifen, der dahin geht, daß eine solche Annahme "stets in Gefahr" geriete, "die Einheit der Verfassung preiszugeben" ⁹²⁾. Diese offensichtlich vom Integrationsdenken beeinflusste Auffassung übersieht nämlich, daß trotz der auch in der vorliegenden Arbeit hervorgehobenen Tendenzen zur Auflösung des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft, bzw. deren Einzelnen, der Bürger oder eine Gruppe von Bürgern in concreto dem Kollektivinteresse sehr wohl entgegengesetzt sein kann, daß nicht nur im Strafrecht "spezifische Gesamtinteressen" entstehen, "welche als solche in der Lage sind, mit den Individualinteressen der

91) Schneider, In dubio pro libertate, 265 ff.

92) Hesse, Grundzüge, 29, Fußnote 34.

Gemeinschaftsmitglieder zu kollidieren und sie zu bedrohen" ⁹³⁾. Wäre dem nicht so, müßte das Vorhaben, das rechtsstaatlich-gewaltengliedernde Instrumentarium den sich ändernden Verhältnissen anzupassen, als gescheitert angesehen werden: Die "Geschäftsgrundlage" jenes Instrumentariums wäre fortgefallen. Doch genügt ein Blick auf die fast uferlose Rechtsprechung allein zu Art. 12 Abs. 1 GG, um zu erkennen, daß das nicht der Fall sein kann.

Wenn in dem genannten Bereich die Berechtigung der Auffassung von Schneider zur Lösung des komplizierten Verhältnissen zwischen der Vermutung zugunsten der Freiheit und der zugunsten der Rechtmäßigkeit des Gesetzes ⁹⁴⁾ nicht geleugnet werden kann, so wird doch zugleich die Grenze sichtbar, bis zu der sie nur Geltung haben kann: Sie gilt nicht im Bereich des status positivus ⁹⁵⁾, und sie gilt nicht insoweit, als Verwaltungsgesetze einem vom Recht grundsätzlich akzeptierten Individualinteresse erst Konturen gibt, im Bereich der inhaltlichen Ausprägung der Freiheit, da, wo es nicht mehr um das Ob einer Freiheit geht, sondern um das Wie ihrer Ausübung. In dieser letzten Beziehung geht es darum, in welcher Art die Freiheit im gesellschaftlichen Rahmen sich entfaltet. Das BVfG hat den trotz aller Schwierigkeiten der Grenzziehung im einzelnen bestehenden Unterschied zwischen den beiden Fragen in seiner Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 GG erkannt ⁹⁶⁾. Im Bereich des Wie sind die Ähnlichkeiten zu der oben erörterten Problematik im Zivilrecht unverkennbar ⁹⁷⁾. Dort wie hier werden die Interessen Einzelner einander zugeordnet, wobei der Gesetzgeber nur jeweils einen Grund dafür angeben können muß, warum er die Interessen der Einzelnen im öffentlichen Interesse,

93) Das bemerkt zutreffend Rupp. Grundfragen, 139.

94) Schneider, In dubio pro libertate, 289.

95) Vgl. hierzu den Exkurs im 2. Hauptteil der Arbeit.

96) BVfGE 7, 377 ff. und seitdem in ständiger Rechtsprechung.

97) Hier ist der Ort, wo der Gesetzgeber "praktische Konkordanz" (Hesse, Grundzüge, 28 f) zu verwirklichen hat.

zwecks Schaffung einer "guten Ordnung" in einer bestimmten Weise in Beziehung zueinander gesetzt hat. Der Unterschied ist der, daß im öffentlichen Recht der Staat die Interessen Einzelner oder solche von Gruppen zu seinen eigenen "öffentlichen" Interessen macht und sich selbst zum Zurechnungsendsubjekt der diese Interessen regelnden Normen. Der Staat übernimmt die Wahrnehmung der Interessen Einzelner oder von Gruppen als "gebündelte". Soweit die Bündelung noch nicht das Maß an Verdichtung erreicht hat, daß sie dem Ob der grundrechtlichen Freiheitsausübung sich entgegenstellt ⁹⁸⁾, sind die Rechtsrelationen des Einzelnen und des Staates entspannter als im Bereich des Ob.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erscheint dieser Gedanke in der Form unterschiedlicher Formulierung des einer Subsumtion vorangestellten Verhältnismäßigkeitsgedankens ⁹⁹⁾. Nach bislang nicht erörterten Kriterien, die auch ohne Entwicklung des materialen Kerns des Art. 1 Abs. 1 GG nicht entwickelt werden können, fordert das Gericht bisweilen, daß eine Grundrechtseinschränkung zum Schutze eines Gemeinwohlsgutes "unerlässlich" sein müsse, und bisweilen, daß Einschränkung und Schutzgut lediglich in einem "vernünftigen" Verhältnis zueinander stehen müßten. Zwar werden beide Formeln als Ausprägungen des einen rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips bezeichnet; doch sind die Auswirkungen stark unterschiedlich, und bezeichnet das Prinzip im Bereich des Wie einer Grundrechtsausübung praktisch nicht mehr als einen Begründungszwang, der von dem im übrigen mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gemeinten Abwägungsgebotes in grundlegender Weise abweicht. Es wäre deshalb nicht nur

98) Auf die Nähe dieser Frage zum Wesensgehalt im Sinne von Art. 19 Abs. 2 sei ausdrücklich aufmerksam gemacht. Vgl. hierzu insgesamt die Schrift von Zivier. Der in der Arbeit entwickelte Gedanke der Grundrechtsgarantien ist in der Judikatur des BVerfG (noch ?) nicht aufgenommen worden und soll deshalb hier nicht verfolgt werden.

terminologisch vorteilhaft, die beiden Kontrollsätze auseinanderzuhalten, sondern ist ein unerläßlicher Schritt, um Klarheit darüber zu gewinnen, in welchem Umfang jeweils anstehende Probleme vom BVerfG kontrolliert werden dürfen. Ohne die allein unter Rückgriff auf die Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Zustände zu gewinnende Klarheit in dieser Frage wird die Abgrenzung etwa des Eingriffes in das Eigentum von einer Konturierung der Sozialbindung des Eigentums niemals befriedigend gelöst werden können.

Dennoch kann gesagt werden, daß das BVerfG in der Praxis seiner Rechtsprechung zu akzeptablen Ergebnissen kommt, weil es seine Kontrollkompetenz im Bereich des Wie von Grundrechtsausübungen sorgfältig begrenzt.

Das gilt zuallererst für den "Mischbezirk" aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 und 2 GG, wo wechselseitige Rechte und Pflichten von Staat und Bürger in Masse vorhanden sind, von Steuerpflichten über die Gewerbeaufsicht bis hin zu einer Sondernutzung der öffentlichen Wege durch Lieferanten und möglicherweise bestehenden Subventionsansprüchen, wie etwa im gesamten Bereich der Landwirtschaft. Die Dichte der jeweils zwischen Bürger und Staat bestehenden Rechtsbeziehungen gestattet, von besonderen Gewaltverhältnissen (in untechnischem Sinn) zu sprechen. In ihm sind die beiden Rechtssubjekte zum Zwecke der Verwirklichung einer "guten Ordnung" unauflösbar verbunden, eine Vorstellung, die ganz offenbar dem Denkansatz des Liberalismus diametral entgegengesetzt ist. Die Verquickung reicht vom Industriesystem zumindest bis zu den größeren Unternehmungen in den Kommunen.

Im Bezug auf das Ob gesellschaftsbezogenen Handelns in den durch die Grundrechte erfaßten Lebensbereichen ist die Funktionsfähigkeit des rechtsstaatlich-gewaltengliedernden Instrumentariums unverändert. Das gilt, wie dargelegt, auch für "in dubio pro libertate". Entsprechendes läßt sich für den zweitgenannten Beziehungskomplex der "besonderen Gewaltverhältnisse" nicht sagen, in dem es für die verfassungsrechtliche Tragfähigkeit einer Regelung schon genügt, wenn Individual- und Kollektivinteressen nicht

99) Vgl. zur Frage des Ob eines Eingriffes etwa E 7; 704 f (zu Art. 12 GG) oder E 24, 404 (zu Art. 14 GG) und zur Frage des Wie E 10, 197 (zu Art. 12 GG) oder E 8, 80 (zu Art. 14 GG).

"erkennbar außer Verhältnis" stehen, was im Ergebnis nichts anderes heißt, als daß der Staat hier praktisch freie Hand hat ¹⁰⁰⁾. Genau das ist der Grund dafür, daß dem Einzelnen aus den Veränderungen im Verhältnis des Staates zum ökonomischen Sektor Gefahren entstehen, als deren größte die mögliche Einvernahme des Staates durch das Industriesystem bezeichnet wurde, da nach einer solchen die Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse anzuschreiben wäre.

Diese Gefahr braucht nur noch in Beziehung zu dem skizzierten Prozeß der Machtkonzentration bei der Gubernative gesetzt zu werden, um die aus der Aufwertung der Dritten Gewalt entwickelte Forderung nach mehr Gesetz für den gesamten Bereich der "besonderen Gewaltverhältnisse" (einschließlich ihrer dichtesten Elemente, der besonderen Gewaltverhältnisse im technischen Sinn) dahingehend zu präzisieren, daß das gesamte staatliche Handeln unter die Herrschaft des Gesetzes und die Rechtsetzungsbefugnis der Verwaltung unter die des Art. 80 Abs. 1 GG zu stellen ist.

100) Das gilt umso mehr als neue soziale und politische Ideen, die nicht nur zu akzeptierten Normgehalten aufgestiegen sind, sondern sich sogar in einer Rechtsnorm konkretisieren konnten, immer ein erhebliches "Gewicht" bei der Güterabwägung haben. Daß heißt, worauf nachdrücklich hinzuweisen ist, daß hier ein "rechtsstaatsfreier Raum" wieder auflebe. Das Staatshandeln bleibt in seiner Zielsetzung, der Forderung des Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet und in der Form der Zielverwirklichung der Formtypik des Rechtsstaates verbunden. Es ist lediglich die Kontrolldichte deutlich reduziert, d. h. der "Beurteilungsspielraum" der Gesetzgeber "verhältnismäßig weit", wie es das BVerfG in E 8, 80 für den Bereich der Sozialbindung des Eigentums formuliert hat. Auch hier steht die Wirksamkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips an sich außer Diskussion. Doch verhüllt die vom Gericht verwandte Terminologie den Tatbestand, daß realiter zwei Zonen unterschiedlicher Handlungsfreiheit des Gesetzgebers und ihnen reziprok zwei Zonen unterschiedlicher Kontrolldichte bestehen. Gerade diese Feststellung nötigt zur Klärung der Frage, wann eine Norm dem ersten, wann dem zweiten zuzurechnen ist. Ohne eine solche Klarheit, die nach der hier vorgetragenen Auffassung allein durch Aufhebung des materiellen Kerns des Art. 1 Abs. 1 GG genommen werden kann, ist der "Willkür" des BVerfG hinsichtlich der Einordnung eines Rechtsproblems in einen der Bereiche Tür und Tor geöffnet.

Einen ersten Schritt in diese Richtung hat das BVfG getan, als es in seiner "Strafgefangenen-Entscheidung" die tradierte Vorstellung vom besonderen Gewaltverhältnis als eine rechtsstaatlich akzeptable Grundlage für die erheblichen Freiheitsverkürzungen des Strafvollzuges nicht mehr anerkannte ¹⁰¹⁾. Doch bewegt sich dieses Erkenntnis noch im Bereich des eingreifenden Staates und bezieht sich auf das Ob grundrechtlicher Freiheitspositionen, d. h. es verhält sich noch im Umkreis der Herrschaft des tradierten Rechtsstaatsverständnisses. Dennoch dürfte der Impuls, dem das BVfG folgt, auf die Forderung nach mehr Gesetz bezogen werden können.

Den entscheidenden zweiten Schritt vollzieht Rupp, indem er Art. 80 Abs. 1 GG auch für den Bereich der Leistungsverwaltung fruchtbar zu machen versucht ¹⁰²⁾. Damit verläßt er zugleich das besondere Gewaltverhältnis im technischen Sinn. Seine Begründung allerdings ist ausschließlich rechtsstaatlich ¹⁰³⁾, d. h. auf die problematische "Macht" der Verwaltung bezogen, der er "autoritäre Vorstellungen" und eine Tendenz zu Undurchsichtigkeit und Eigengesetzlichkeit nachsagt ¹⁰⁴⁾. Er sieht in ihr etwas, das Mißtrauen wie "gegenüber der monarchischen Verwaltung" erzeugt.

Dieser Gedanke vermag indes nicht zu überzeugen, da er den Leistungsbereich aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 80 Abs. 1 GG entlassen würde, wenn die genannten Gründe wegfielen und die Verwaltung bürgernah und transparent wäre. Daß bis zu diesem Tage die rechtsprechende Gewalt aus dem rechtsstaatlichen Gedankengut heraus aufgerufen ist, der Undurchsichtigkeit und Eigengesetzlichkeit entgegenzuwirken, ist anzuerkennen. Die "Impermeabilität" darf der Verwaltung nicht zugutekommen ¹⁰⁵⁾, so etwa, wenn die Verbind-

101) BVfGE NJW 72, 811 ff.

102) Rupp, Grundfragen, 126 ff; eine Darstellung des Streitstandes bietet jetzt VG Berlin NJW 74, 331.

103) Daß hiermit nichts Negatives gesagt ist, macht die vorliegende Arbeit deutlich.

104) Rupp, Grundfragen, 139 f.

105) Rupp, Grundfragen, 19 ff.

lichkeit einer Zusage daran zu scheitern droht, daß auf Grund unklarer Kompetenzverhältnisse die Zusage von einer nicht kompetenten Person gegeben wurde¹⁰⁶⁾. Die Rechtsprechung hilft hier, indem sie über den Gedanken des Vertrauensschutzes die Zusage für verbindlich erklärt.

Damit hängt die andere Frage, nämlich die nach der Bedeutung des Gesetzesvorbehaltes für den Bereich der Leistungsverwaltung jedoch nicht zusammen. Die Berechtigung des zweiten Schrittes, der zu einer Anwendung von Art. 80 Abs. 1 GG und des allgemeinen Gesetzesvorbehaltes führt, ergibt sich vielmehr aus einer anderen Überlegung, die wieder in die Nähe der oben geschilderten zivilistischen Problematik führt. Der Zivilgesetzgeber gestaltet, wenn er etwa das Kaufrecht normiert, die Rechte und Pflichten der beiden Vertragsparteien nach seinen Gerechtigkeitsvorstellungen, indem er sich bemüht, die Interessen der vertragschließenden Rechtssubjekte in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Er steht prinzipiell außerhalb der durch einen Kaufvertrag begründeten Rechte und Pflichten und ist von daher imstande, die Interessen unbeteiligt¹⁰⁷⁾ miteinander in Beziehung zu setzen. Auf diese Aufgabe des Gesetzgebers hinzuweisen versucht Art. 38 GG.

Oben wurde festgestellt, daß die gesellschaftlichen Veränderungen Staat und Gesellschaft haben zusammenwachsen, wechselseitig voneinander haben abhängig werden lassen, wobei Staat und Gesellschaft sich in Form der Verwaltung und des Einzelnen gegenüberreten¹⁰⁸⁾. Die Abhängigkeit ist nichts anderes als eine fast unübersehbare Menge an Rechts-Pflicht-Beziehungen. Diese muß, wenn nicht je nach

106) Vgl. BVwG DÖV 66, 202.

107) Über die Tatsache, daß der Gesetzgeber kaum jemals ganz "objektiv" sein dürfte, fließen allerdings auch bestimmte Wertungen in das Gesetz ein, so etwa der - inzwischen durch das Arbeits- und Mietrecht abgeschwächte - Liberalismus, der das BGB von 1900 entscheidend prägte.

108) Die Beziehungen des Industriesystems zur Regierung und zum Parlament sind anders strukturiert. Sie sind in der "Konzertierte Aktion" pointiert.

der Macht der in concreto beteiligten Interessen, die eine oder die andere Seite, was ihre Interessen anbelangt, preisgegeben werden soll, in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht werden, ähnlich dem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis. Das "besondere Gewaltverhältnis" bedarf einer Gesamtstrukturierung zwecks gerechter Interessenabwägung. Eine solche kann nur das Parlament vollbringen.

Obzwar die Realanalyse erbracht hat, daß die gewaltengliedernde Linie zwischen Parlament und Regierung sich verschoben hat, daß sie heute zwischen Regierung und Regierungsfraktion (en) einerseits und Opposition andererseits verläuft, ist doch, wie übrigens der "Aufruf" des Art. 38 GG indiziert, das Parlament der einzige Ort, wo eine Chance zur unbeteiligten Interessenabwägung besteht. Eine gewisse Skepsis darüber, ob das Parlament diese Chance realisieren kann, ist angebracht. Darauf zu setzen, daß es sie nutzt, verlangt das Verfassungsrecht. Eine unbeteiligte Interessenabwägung, die alle kollektiven und individuellen Bedürfnisse miteinbeziehen und zu einer an Art. 1 Abs. 1 GG orientierten ausgewogenen Gesamtstrukturierung des "besonderen Gewaltverhältnisses" führen muß, ist nur denkbar, wenn das Parlament für jede der Rechtspflicht-Relationen zuständig ist, gleichgültig, ob die Pflichtseite der Verwaltung oder dem Bürger zugekehrt ist. Die Kompetenz des Parlamentes meint aber den Gesetzesvorbehalt, woraus zu folgern ist, daß dieser auch in Beziehung auf die Leistungsverwaltung gelten muß. Eine eigenständige Rechtsetzungsmacht hat die Verwaltung dann nur noch in den engen Grenzen des Art. 80 Abs. 1 GG¹⁰⁹⁾. Hiervon abgesehen wird sie in das vom Parlament gesetzte Recht eingebunden¹¹⁰⁾, womit diese Institution eine Stärkung erfährt, entgegen dem Interesse des Industriesystems nach einer möglichst "starken" und handlungsfähigen, mehr technokratisch, d. h. aber unreflektiert wachstumsbewußt orientierten Regie-

109) Zu demselben Ergebnis kommt Rupp. Vgl. Fußnote 102. Weitere Literaturhinweise bei Maunz, MDH, RdNr. 131 ff. zu Art. 20 GG; a. A. BVwGE 6, 287.

110) Von den als Ausnahmen denkbaren Notfällen wurde schon bei der Behandlung des Art. 80 Abs. 1 GG gesprochen.

rung ¹¹¹⁾.

In der Verlagerung der Gewichte in Richtung auf das Parlament treffen sich folglich die aus der Aufwertung der Dritten Gewalt insgesamt gezogene Konsequenz, die Forderung nach mehr Gesetz, und die verfassungsrechtlich geforderte Hoch-Bewertung des Parlamentes gegenüber einer dem technokratischen Denken zumindest tendenziell verbundenen Verwaltung, die die Hauptverantwortung für das Funktionieren des Gesamtsystems trägt. Dadurch wird die Rechtsprechung in die Lage versetzt, die materiellrechtliche Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse in größerem Maße in die Diskussion bringen, als das möglich ist, wenn der Leistungsteil der Verwaltungsaktivitäten aus dem Gesetzesvorbehalt ausgeklammert bliebe. Aus dieser institutionellen, d. h. die Rechtsprechung als eigene "Gewalt" funktional angehenden Perspektive dürften im übrigen zwei korrespondierende Vermutungen ihre Erklärung finden. Es sind einmal die Vermutung "in dubio pro libertate", die im Bereich des Wie grundrechtlicher Freiheit systematisch, als durchgängiges Prinzip nicht unterzubringen war, und zum anderen die Vermutung, daß eine Norm, die objektiv den Einzelnen begünstigt, ihm im Zweifel ein subjektives Recht zuwenden will ¹¹²⁾. Durch beide Vermutungen wird der Umfang von Klagen, die als unzulässig abzuweisen sind, verringert, durch in dubio pro libertate im Bereich belastender und durch in dubio pro actione im Bereich begünstigender Verwaltungstätigkeit. Diese Subjektivierung der Rechtsnormen eröffnet eine zusätzliche Möglichkeit, die Dritte Gewalt in die Diskussion um die menschenwürdigen Verhältnisse einzuschalten. Beide Vermutungen sind deshalb im Zusammenhang mit dem aus Art. 1 Abs. 1

111) Letzteres folgt aus jenem dem Industriesystem wie jedem anderen System eigenen Bestandsinteresse, durch das allerdings Zieländerungen nicht prinzipiell ausgeschlossen werden.

112) Vgl. Dürig, MDH, Rdnr. 37 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

GG ermittelten Zweck der Aufwertung der Dritten Gewalt zu sehen ¹¹³⁾.

Es braucht weder betont zu werden, daß damit nicht alle Konsequenzen entwickelt sind, noch, daß damit der Mensch als konkreter Einzelner vor allen oder den wichtigsten Gefahren abgesichert wäre. Die begrenzte Möglichkeit der Einflußnahme der Rechtsprechung folgt zum einen daraus, daß der Richter nur punktuell in den Meinungsbildungsprozeß zur Frage, was denn menschenwürdige Verhältnisse sind, eingeschaltet werden kann. Zum anderen ist die Begrenztheit seines Einflusses bedingt durch die in den methodischen Ausführungen behandelte "Offenheit" für aus der Gesellschaft "aufsteigende" Wertungen, Normgehalte ¹¹⁴⁾. Schließlich ist, mit der letzten Frage zusammenhängend, das Verhältnis der rechtsprechenden Gewalt zum Gesetz zu bedenken ¹¹⁵⁾.

Um zu zeigen, daß die Gefahren, die ausgemacht wurden, nicht erfunden sind, und um damit zugleich die Bedeutung eines Vorhabens nachdrücklich in das Bewußtsein zu rücken, das wie die vorliegende Arbeit dem rechtsstaatlich-gewaltengliedernden Instrumentarium neue Funktionen zuweisen will, seien, dieses Kapitel abschließend, einige Bemerkungen zu dem gemacht, was "Konzertierte Aktion" genannt wird. Ganz komprimiert nämlich, modellhaft, erweist sich hier das rechtsstaatlich-gewaltengliedernde Instrumentarium als gefährdet. Leitentscheidungen für das Industriesystem, mithin tendenziell für das gesamte Wirtschaftssystem, werden erarbeitet und diskutiert in einem Gremium, in dem nur die Bundesregierung und die Spitzen-

113) Zugleich erweist es sich als richtig, das Grundgesetz als ein auf Art. 1 Abs. 1 GG bezogenes Wert-System zu sehen. Vgl. Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, 96, 100/1.

114) Wie Rüthers gezeigt hat, formen sie des Richters Vorstellungen von menschenwürdigen Verhältnissen entscheidend.

115) Hierzu wird der Exkurs im 2. Hauptteil eine Teilantwort geben.

verbände der Industrie und der Gewerkschaften vertreten waren, in späterer Zeit auch die Landwirtschaft ¹¹⁶⁾, nicht aber Parlamentarier und der Mittelstand, etwa die Arbeitsgemeinschaft selbständiger Unternehmer oder der Verband der Einzelhändler. Das Parlament, der Ort, wo die Chance für den Menschen "sitzt", das Prinzip des Beratungschlagens, wird in die Diskussion um die Orientierungsdaten nicht eingeschaltet und ist auf die Funktion reduziert, das zu beurkunden, was die "Aktion" erarbeitet. Damit ist die Möglichkeit einer Einflußnahme durch "die Politik", durch im Parlament diskutierte Richtigkeitsvorstellungen zugunsten des technokratischen Einflusses so gut wie ausgeschlossen. Damit ist die in dieser Arbeit hervorgehobene Möglichkeit, vermittels einer an Art. 1 Abs. 1 GG orientierten Strukturpolitik das als notwendig erkannte Wirtschaftswachstum zu steuern, vergeben. Nach dem, was zum Industriesystem und zu den Notwendigkeiten hochentwickelter Technik gesagt wurde, sind Institutionen wie die "Konzertierte Aktion" nützlich, um das Wirtschaftssystem funktionieren zu lassen. Ohne Kooperation mit dem Staat geht das nicht mehr. Hieraus war der Gedanke entwickelt worden, daß es dem Staat möglich sein müsse, vorsichtig steuernd auf die Wirtschaft einzuwirken ¹¹⁷⁾.

Doch es zeigt sich jetzt, daß die Organisationsform, die gefunden wurde, der Verwirklichung der bestehenden Chance nicht dient. Nur die Gruppen, die dem Industriesystem die-

116) Die Einbeziehung der Landwirtschaft wirkt vordergründig systemwidrig und wie ein Produkt politisch-optischen Taktierens, dürfte aber gerechtfertigt sein aus dem Willen, die Landwirtschaft in einen rationalen Wirtschaftsprozeß rückeingliedern. Das erscheint in Anbetracht von "Butterbergen" schon finanziell sehr sinnvoll. Die eigentliche Tiefendimension erhält dieser Vorgang durch den sozialpolitisch bedeutsamen Aspekt der Angst, auf den das Schlagwort von der "Unruhe unter den Bauern" verweist. Die Verbindung zwischen der Forderung nach menschenwürdigen Verhältnissen und der Angst ist augenscheinlich.

117) Es geht daher im Kern um die Frage, wie sich der Staat im Rahmen notwendiger Kooperation "Eigenständigkeit" bewahren kann. Vgl. Schneider, Amt und Mandat, 13.

nen, sprechen, "kooperieren" mit dem Staat, und dieser wird allein vom Wirtschaftsminister vertreten, der mit seinem Geschäftsbereich über den Apparat verfügt zur Beobachtung des Wirtschaftslebens, zur Sammlung von Informationen und zu deren Analyse. Hierdurch erhält er die Voraussetzungen für Orientierungsdaten, an denen er die Handlungen der Regierung ausrichtet.

Schließlich hält sich das Industriesystem im wesentlichen an die Daten, die die "Konzertierte Aktion" liefert, nicht deshalb, weil sie verbindlich sind, Gesetz oder Verordnung, sondern weil die langfristige Planung des Industriesystems planungsstabilisierender Daten bedarf, die, wenn sie erst in der Welt sind, eine Tendenz zu sich selbst erfüllenden Prophezeiungen zeigen. Das alles steht unter den Voraussetzungen, daß die Einflüsse von außerhalb der Bundesrepublik sich kontinuierlich, d. h. in einer einsehbaren Regelmäßigkeit verhalten, die ihrerseits in möglichst großen Zeiträumen abläuft ¹¹⁸⁾. Außerdem ist unerläßliche Voraussetzung die Genauigkeit der Daten. Die Ermittlung genauer Daten hängt ihrerseits in entscheidendem Maße davon ab, daß die außenwirtschaftlichen Trends begreifbar sind. So dürften die wilden Streiks im Herbst 1969 eine mittelbare Folge ungenauer Daten gewesen sein. Im Jahre 1969 erwirtschafteten die Unternehmen sehr viel höhere Gewinne als erwartet. Hierdurch fühlte die Arbeitnehmer-Seite, deren Löhne nur entsprechend den Orientierungshilfen gestiegen war, ihre Interessen vernachlässigt. Die so entstandene "sozial Asymmetrie" war der Boden einer in der Bundesrepublik Deutschland bis dato unbekannten Streikwelle. Zumindest auf Grund der Tatsache, daß solche Folgen möglich sind, erscheint es als richtig, die Forderung nach größerer

118) In dieser Bedingung dürfte die Ursache für die Schwierigkeiten der Wirtschaftsplanung in den letzten 4 Jahren liegen. Durch die fortschreitende Herauslösung der Amerikaner aus dem Vietnamkrieg ist ein monetäres Ungleichgewicht des vom Zustand des Dollar abhängigen westlichen Währungssystems bewirkt worden.

Einschaltung der Parlamente in den Planungsprozeß zu erheben, obgleich die juristischen Probleme schwer zu lösen sein werden. Sie seien nur angedeutet: Gibt man den Orientierungsdaten den Charakter von Normen, stellt sich sofort die Frage nach den Sanktionen, wenn von den Daten abgewichen wird, und damit ist im Bereich des Industriesystems jedenfalls die Grenze zu einer Planwirtschaft erreicht oder überschritten. Bleiben die Orientierungsdaten juristisch irrelevant, dürfte es kaum möglich sein, Strukturpolitik zu machen. Die Auflösung dieses Knotens ist schwer. Nur dürfte nach den Ausführungen zur Struktur des Industriesystems klar sein, daß die Argumentation, Planwirtschaft vertrage sich nicht mit unserem Wirtschaftssystem, Ideologie ist. Im Bereich des Industriesystems gibt es nichts mehr, was nicht geplant ist. Deshalb verschleierte eine solche Argumentation die Problematik ¹¹⁹⁾.

Weiter wäre zu bedenken, welche Folgerungen in sachlicher, personeller und funktioneller Hinsicht sich aus einer Einschaltung des Parlamentes in den Planungsprozeß ergeben, womit ein Anschluß an die zu Beginn dieses Kapitels erörterte Frage nach der Funktion von Art. 80 Abs. 1 GG hergestellt ist.

119) Andere Fragen, die zu stellen wären, sind die (z. Zt. im Umkreis des Städtebauförderungsgesetzes diskutierten) Fragen nach einem Plangewährleistungsanspruch oder einem Abschöpfen überplanmäßig gemachter Gewinne.

2. Ein Zwischenergebnis.

Die Untersuchung des rechtsstaatlich-gewaltengliedernden Instrumentarium hat gezeigt, daß das BVfG die Wirkkraft dieses Instrumentariums nicht sonderlich gefördert hat. Das gilt im großen und ganzen in allen Hinsichten, außer vielleicht in Bezug auf die Frage, ob das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses im technischen Sinne zu Rechtsverkürzungen ermächtigt. Das Nein des BVfG hierzu in der "Strafgefangenen-Entscheidung" ¹²⁰⁾ ist zu begrüßen, wenn auch konstatiert werden muß, daß hier und in anderen Fragen ¹²¹⁾ die Rechtsprechung des BVfG keineswegs mehr als führend angesehen werden kann, wie das bei der Interpretation der Grundrechte als Formulierung eines status negativus noch der Fall war ¹²²⁾. Denn dem Institut des besonderen Gewaltverhältnisses widersetzen sich in wachsendem Maße Lehre und Rechtsprechung ¹²³⁾. Das BVfG gesteht dies auch zu, indem es in der Entscheidung darauf hinweist, daß "der naheliegende Schluß, der Gesetzgeber sei (auf Grund des Gesetzesvorbehaltes in Art. 10 Abs. 2 GG und in Art. 5 Abs. 2 GG) nunmehr verpflichtet, auch für den bisher ganz überwiegend durch bloße Verwaltungsvorschriften geregelten Bereich des Strafvollzuges ein entsprechendes Gesetz zu erlassen, nach Inkrafttreten des GG zunächst in Rechtsprechung und Lehre nicht gezogen wurde". Das Gericht hat sich, so kann man die Entscheidung auch lesen, der inzwischen herausgezogenen entgegengesetzten Lehre nicht länger entziehen können. So erscheint es denn durchaus als eine Verkenning der Verdienste derer, die Bücher schreiben, wenn Müller-Dietz unter Berufung auf Julius von Kirchmann fast triumphierend bemerkt ¹²⁴⁾, daß nach dieser Entscheidung des BVfG ganze Bibliotheken zu Makulatur würden.

120) BVfG NJW 72, 811 ff.

121) So etwa im Bereich der "Grundrechte als Leistungsansprüche". Vgl. den Exkurs im 2. Hauptteil.

122) Vgl. insbesondere BVfGE 6, 32 ("Elfes"); 7, 198 ("Lüth"); 7, 377 ("Apotheken").

123) Vgl. etwa OVG Koblenz A 5, 12, 119.

124) Müller-Dietz, 1162.

So entscheidend war die Rolle des BVfG denn doch nicht. In der Rechtsprechung des Gerichts ist vielmehr ein Zug unverkennbar, den man dahingehend kennzeichnen kann, daß das Gericht in der Diskussion um die Freiheit in der modernen Industriegesellschaft nicht an führender Stelle mitdiskutieren will ¹²⁵⁾. Das Gericht nähert sich damit der von Rüthers als Aufgabe der Rechtsprechung zugewiesenen Funktion, die jeweils aus dem gesellschaftlichen System "aufsteigenden" Vorstellungen als vom Grundgesetz gefordert zu "erkennen". In demselben Sinn bemerkt Parsons ¹²⁶⁾: "Aus der größeren sozialen Perspektive heraus gesehen, besitzt das Recht primär eine integrierende Funktion. Es soll potentielle Konflikte entschärfen und die Maschine des sozialen Verkehrs ölen. In der Tat können Systeme sozialer Interaktion nur in Verbindung mit einem Normsystem funktionieren".

Dabei wird unterstellt, daß Einwirkungen vom Normensystem auf das System sozialer Interaktion kaum möglich sind, was den Bereich einer Systemänderung oder eines Widerstandes gegen Systemänderungen anbetrifft. Denn hierum geht es dem Recht, primär zumindest, nicht, sondern darum, die Maschine weiterlaufen zu lassen. Die Richtung, in der die Maschine läuft, ist demgegenüber äußerstenfalls sekundär.

Die Einwände gegen Parsons müssen dieselben sein, die gegen Rüthers erhoben wurden. Doch ändert sich die Qualität der Diskussion, wenn festgestellt werden muß, daß sich das BVfG so verhält, wie es sich nach Ansicht von Parsons und Rüthers, nicht aber gemäß Art. 1 Abs. 1 GG verhalten soll. Damit ist nämlich die Stufe theoretischer Diskussion verlassen und festgestellt, daß das BVfG dabei ist, sich

125) Das gilt auch in Bezug auf die Entscheidung zum "Numerus-clausus" BVfG NJW 72, 1561 ff, deren Erkenntnisse auf der Ebene der Oberverwaltungsgerichte schon h. M. waren. Vgl. etwa OVG Koblenz, Beschluß vom 27.2.1970 - 2 B 73, 79, 81/69-.

126) Parsons, Recht, 122.

der Forderung nach Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1 GG zu entziehen¹²⁷⁾. Somit entfaltet Art. 1 Abs. 1 GG im Bereich des rechtsstaatlich-gewaltengliedernden Instrumentariums nicht die auslegungsleitende Funktion, die ihm nach dem Willen des Grundgesetzes zukommt. Das "lebendige Gefühl für die Notwendigkeit, das Gewaltengleichgewicht zu erhalten"¹²⁸⁾, ist bei den Richtern des BVfG nur noch in Spurenelementen auszumachen, jedenfalls soweit sich das Gericht bisher zu der formalisierten rechtsstaatlichen Apparatur geäußert hat. Dabei kann nach den bislang gewonnenen Erkenntnissen der Verdacht nicht ausgeräumt werden, daß das Versagen des Gerichts vor der Aufgabe, dem Art. 1 Abs. 1 GG materiale Konturen zu geben, der Hauptgrund ist für den mangelhaften Widerstand gegen Entwicklungen, die zu einer Aushöhlung des Rechtsstaates geführt haben und führen. Es ist zu hoffen, daß das gerade erwähnte "lebendige Gefühl" nicht ein letztes Aufbäumen ist. In soweit kann die Entscheidung des BVfG zum Problem des "Gesetzes" im Strafvollzug ermutigend genannt werden. Es zeigt zumindest, daß das BVfG bereit ist zu hören¹²⁹⁾. Insgesamt aber hat das BVfG in Bezug auf das gewaltengliedernd-rechtsstaatliche Instrumentarium schon viel Terrain verloren.

b) Die Grundrechte.

Damit bleibt der Grundrechtskatalog der letzte Ort, an dem das BVfG einer Tendenz zur Entwicklung einer auf Manipuliert-Werden angelegten Persönlichkeitsstruktur entgegenwirken kann. Ob es das getan hat, ist zu erforschen, wobei es als zulässig angesehen werden darf, den hier anstehenden Problemen ausschließlich im Bereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Willkürverbotes nachzugehen. In der Realität der Verfassungsrechtsprechung sind dies die

127) Die Forderung nach Konkretisierung erhebt Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, 105.

128) Schneider, Gewaltenteilung, 49.

129) Das ist allerdings nicht "sichtbar", wenn das BVfG, wie regelmäßig, Entscheidungen anderer Gerichte und die Ergebnisse der Wissenschaft nicht zitiert.

einzigsten "Kontrollnormen", an denen das Gericht die Zulässigkeit staatlicher Eingriffe in Freiheit und Gleichheit mißt. Hinsichtlich des Untersuchungszieles ist vorab zu bemerken, daß es in den folgenden Abschnitten naturgemäß nicht um eine Einzelanalyse der Judikatur des BVerfG zu den Grundrechten gehen kann, die mit Sicherheit eine Anzahl von durch das Gericht herausgearbeiteten Positionen erbringen würde, die der Forderung nach menschenwürdiger Organisation des vom GG beherrschten Staates und seiner Gesellschaft unmittelbar einzugliedern wären, wie etwa die fortschreitende Verdichtung der Wirkkraft des Grundrechts (annexes) auf rechtliches Gehör. Das Problem der Arbeit ist jedoch ein anderes: Es ist bisher erkennbar geworden, daß es vor allem die Erarbeitung eines "harten Kernes" des Art. 1 Abs. 1 GG ist, die vom Gericht erwartet werden muß. Ohne die durch ihn vermittelte Sicherheit wäre das jeweils für gut und nützlich Gehaltene des politischen Alltags nicht daran zu hindern, sich in vollem Umfang durchzusetzen. Der dem Industriesystem dienliche Typ des fremdbestimmten und konsumfrohen Nur-Fachmannes wäre dann nicht aufzuhalten. Der Staat des Grundgesetzes wäre auf technokratisches Machertum reduziert. Daraus erhellt, daß bereits die Tendenz zur Meidung inhaltlicher Präzisierungen des von Art. 1 Abs. 1 GG Geforderten im Bereich der Grundrechtsinterpretation den Interessen des Industriesystems dienlich wäre, wobei erneut darauf zu verweisen ist, daß diese nicht ihrer Natur nach "unmenschlich" sind, sondern lediglich gerichtet auf Autonomie der für das Wachstum maßgeblichen Entscheidungen. Es ist daher nach der Geeignetheit des im Grundrechtsbereich vom BVerfG entwickelten Kontrollinstrumentariums für die Entwicklung jenes "harten Kernes" zu fragen.

Nach den bisherigen Feststellungen, insbesondere in Anbetracht des "menschlichen Minimums", das allein das BVerfG als in Art. 1 Abs. 1 GG abgesichert sieht, erscheint die Vermutung als nicht unbegründet, daß das Gericht auch in seiner Grundrechtsjudikatur Positionen bezogen hat, die das jeweils politisch opportun Erscheinende in Form von Gesetzen in großem Umfang zur Geltung kommen läßt. Eine derartige Prognose kann durch folgende Erwägung gestützt werden:

Das Industriesystem bedarf des Rechtsschutzes bei der unmittelbaren Durchsetzung seiner Interessen grundsätzlich nicht ¹³⁰⁾. Es interessiert sich vielmehr für die Randbedingungen seiner Erhaltung, wie z. B. die Ausbildungsgelhalte und -formen. Es selbst ist relativ unangreifbar, wie die Darstellung des gegenwärtigen Zustandes des ökonomischen Systems gezeigt hat. Folglich dürften es vor allem die wirtschaftlichen Interessen unterhalb der Ebene des Industriesystems sein, die zu ihrer Durchsetzung, vor allem aber ihrer Erhaltung des Rechtsschutzes bis hin zu dem durch das BVerfG bedürfen. Es handelt sich um die Unternehmungen, die nicht zum Industriesystem gehören, sondern von seinem Funktionieren abhängen, sei es als Lieferanten, als Abnehmer und Distributoren, sei es im Dienstleistungssektor. Hier vollziehen sich als Funktion des Konzentrationsprozesses im Industriesystem und der für dieses erforderlichen Strukturveränderungen Prozesse, die für die beteiligten Unternehmungen von existentieller Bedeutung sind und deshalb zwingen, notfalls die gefährdeten Interessen durch Geltendmachung von Grundrechten bis zum BVfG zu verfolgen. Auf diesen Themenkreis bezieht sich Krüger, wenn er bemerkt: "Grundrechte waren einst revolutionäre Forderungen. Heute sind sie meist Bastionen zur Verteidigung von Besitzständen, ... zum Teil sogar von an sich nicht mehr haltbaren Besitzständen". "Freiheit wird heute vor allem für wirtschaftliche Zwecke in Anspruch genommen" ¹³¹⁾.

130) Ausnahmen sind bei für die Wirtschaftsverfassung maßgeblichen Gesetzesvorhaben - etwa im Mitbestimmungsbereich - möglich, wenngleich nicht wahrscheinlich. So hat es bislang noch keine Anrufung des BVerfG in Fragen des Betriebsverfassungsrechts gegeben. Hierbei mag neben der allein aufgrund der Länge des gerichtlichen Verfahrens sich ergebenden Planungerschwernis und der Nicht-Vorhersehbarkeit des Ergebnisses der Entscheidung für das Industriesystem eine Rolle gespielt haben, daß durch die Anrufung der Gerichte - und sei es über nahestehende Organisationen - die notwendige Kooperation mit dem Staat (und den Gewerkschaften) in anderen Fragen kompliziert worden wäre.

131) Krüger, Allgemeine Staatslehre, 534. Der Kommentar von Leibholz-Rinck bestätigt ihn. Die Rechtsprechung des BVerfG zu Grundrechten mit Berührung der wirtschaftlichen Zwecke dominiert eindeutig.

Es erscheint jedoch als fraglich, ob Krüger zu folgen ist, wenn er fortfährt: "In dieser Entartung sind die Grundrechte vor allem dazu bestimmt, den Staat soviel wie möglich seiner Handlungsfähigkeit, insbesondere wiederum seines Willens und seiner Kraft zur Evolution zu berauben und ihn im Namen von Freiheit und Recht in den mittelalterlichen 'Rechtsbewahrstaat' zurückzuverwandeln." ¹³²⁾ Die Forderung, die Krüger aus dieser Feststellung ableitet, erweist sogleich die den Interessen des Industriesystems rückhaltlose entgegenkommende Einseitigkeit des mit der Feststellung bezogenen Ausgangspunktes. Krüger fordert nämlich anderenorts, aber unter demselben Blickwinkel, daß der Richter in Anbetracht der ökonomischen Vermachtung, d. h. der Dominanz einer von dem Industriesystem bestimmten Gesellschaftsform, die er "gesellige Geselligkeit" nennt, sich nicht darin erschöpfen dürfe, "Individual- und Privaträume" "abzuschotten", weil er hierdurch in vollen Widerspruch zur Gesellschaft geraten würde ¹³³⁾. Die Aufforderung ist offenkundig bloß negativ. Würde der Richter ihr bedingungslos folgen, wäre in der Tat einer Evolution Tür und Tor geöffnet, deren Ziel als nicht der Zielvorstellung des GG von einer menschenwürdigen Gesellschaft entsprechend erkannt wurde. Es ist daher mit der allein negativen Mahnung, die Krüger erhebt, mit Sicherheit nicht getan, wenn gleich ein Stück Realitätserkenntnis in ihr steckt. wie nach den bisherigen Ausführungen erkennbar ist. Vielleicht wird von hierher verständlich, warum das Verfassungsgericht bisher so zurückhaltend war bei der Erhellung des konkretisierungsbedürftigen Art. 1 Abs. 1 GG. Wenn das Gericht in besonders starkem Maße über wirtschaftliche Probleme zu befinden hat, ist eine Zurückhaltung bei dem Einsatz der Menschenwürde durchaus vertretbar. Vielleicht auch indiziert diese Zurückhaltung ein tieferes Verständnis des Gerichts für "die Menschenwürde". Es darf aber nicht verkannt werden, daß das BVfG einem Denken, das vorwie-

132) Krüger, aaO., 534.

133) Krüger, Entscheidungen, 295 ff.

gend von der Assoziation von Freiheit und "wirtschaftlichen Zwecken" beherrscht ist ¹³⁴⁾, die Türe öffnete, indem es bei der Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG sich gegen Peters aussprach ¹³⁵⁾.

Die Ausgangsüberlegung der vorliegenden Arbeit führte zu der Frage, ob gegenüber den sozio-ökonomischen Änderungsprozessen, die in Richtung auf leichtere Manipulierbarkeit des Menschen drängen, vom Grundgesetz, wie das BVfG es versteht, Impulse zur Entwicklung einer sozialen Persönlichkeit zu erwarten sind, die in immer wachsendem Maße zu eigenverantwortlicher Lebensführung imstande ist. Nachdem bei der Untersuchung dieser Frage im Bereich des gewaltengliedernd-rechtsstaatlichen Instrumentariums allenfalls Ansätze sichtbar wurden, dem jeweils politisch "Neuen" zu widerstehen, zeigen im Hinblick auf die Grundrechte und ihre Möglichkeiten bereits einige allgemeine Bemerkungen an, daß auf Grund der Struktur der Interessen, die sich vor allen anderen beim BVfG Gehör zu verschaffen versuchen und auf Grund der hieraus praktisch resultierenden Problemstellungen die Chance nicht eben groß ist, sich dem materialen Aspekt dessen, was die Menschenwürde bedeuten könnte, anzunähern. Es besteht deshalb der Verdacht, daß die Rechtsprechung des BVfG zum Verhältnismäßigkeitsprinzip und zum Willkürverbot Tore geöffnet hat, durch die die "soziale, politische und weltanschauliche Wertgrundlage der Gesamtordnung" in die Rechtsprechung eindringt. Da das ökonomische System das gewichtigste Movens dieser "Wertgrundlage" ist, könne die Chance auf Humanität durch das Recht gering sein.

134) Damit dürfte zugleich klargestellt sein, daß Verbindungen eines "wirtschaftlichen Zweckes" mit der Freiheit durchaus existieren können, insbesondere im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG.

135) Vgl. BVfGE 6, 32 ("Elfes"); zur Kritik der Rechtsprechung Peters, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Köln-Opladen, 1963.

1. Die Verhältnismäßigkeit.

Im Bereich der freiheitsschützenden Grundrechte erfolgt die Sicherung des Menschen fast ausschließlich über diesen Grundsatz. Aus dem Wortlaut des Grundgesetzes folgt das nicht. Eine Untersuchung darüber, wo das Bundesverfassungsgericht ihn herleitet, ist deshalb äußerst interessant.

Das Gericht behauptet, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit habe Verfassungsrang, weil er im Rechtsstaatsprinzip "wurzele" ¹³⁶⁾, ein Wort, dessen Präzision am besten zu fassen ist mit dem Begriff der "Wurzel-Theorie". Es besagt kaum etwas, deutet nur irgendwie an.

Dieser Theorie des Gerichts ist nur vereinzelt widersprochen worden ¹³⁷⁾, vor allem durch den Verwaltungspraktiker, der seinen Bewegungsraum verkleinert und seine Aktivitäten verkompliziert empfindet. Im großen und ganzen jedoch blieb dem Gericht scharfe Kritik erspart, obgleich in einer so gravierenden Frage wie der, ob denn Verhältnismäßigkeit Verfassungsrang habe, mehr zu erwarten gewesen wäre als kurzatmige Behauptung. Daß die Kritik nur schwach war, dürfte letzten Endes darin begründet sein, daß überwiegend akzeptiert wird der Schritt weg von den starren Schranken, die der Text der Grundrechtsnormen formuliert und die unzeitgemäß erscheinen, gemessen an der Allgewalt staatlichen Handelns, das, selbst beweglich, bewegliche Abwehr der Freiheit erzwingt. Dieser Grunderkenntnis, dieser Anerkennung der Gegebenheit einer modernen Industriegesellschaft, ist im Grundgesetz wenig Ausdruck gegeben. Das hat zur Folge, daß niemand eine bessere, überzeugendere Antwort gewußt hat als das Bundesverfassungsgericht ¹³⁸⁾.

136) Ständige Rechtsprechung, Vgl. etwa BVerfGE 17, 313; 19, 348 f; 20, 198; 20, 213; 22, 220.

137) Vgl. Lerche, 32 ff.

138) Einen umfassenden Überblick über die zum Teil ausufernden Kontroversen um die Verhältnismäßigkeit vermitteln die Artikel von Gentz und Wittig.

Dabei ist mancherlei zu bedenken, was gegen das Bundesverfassungsgericht spricht, wobei noch ganz außer Ansatz gelassen werden kann, daß dem Rechtsstaatsprinzip, aus gesellschaftlichen Wandlungsprozessen, eine Tendenz zur Schwäche innewohnt. Unter einem Rechtsstaat, der vorerst begriffen werden soll primär aus seinen formalen Elementen, wird ein Staat verstanden "mit relativ zentralisierter Rechtsordnung, derzufolge Rechtsprechung und Verwaltung durch Gesetze, das ist: generelle Normen, gebunden sind, die von einem vom Volke gewählten Parlament ... beschlossen werden, die Mitglieder der Regierung für ihre Akte verantwortlich, die Gerichte unabhängig und gewisse Freiheitsrechte der Bürger gewährleistet sind ¹³⁹⁾).

Kelsen beschreibt hier den historisch gewachsenen Rechtsstaat westlicher Prägung, wie ihn die Verfassungen, auch das Grundgesetz, formulieren und der, wie dargestellt, der Rechtswirklichkeit, in der eben auch anderes "wirkt" als das Recht, nicht mehr voll entspricht. Aber selbst dann, wenn man ihn so nimmt, wie die Verfassungen ihn wollen, sagt er wenig Konkretes und nichts über die materiellen Bedingungen, die zu erfüllen sind, wenn ein Eingriff in grundrechtlich gesicherte Freiheitsbezirke zulässig sein soll. Und dabei zielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genau auf die Bedingungen eines Eingriffes. Wie stark die Freiheit geschützt ist, durch welche Rechtsgrundsätze und -institute, und, dem korrespondierend, wie groß der Handlungs-Spielraum der Staatsgewalten ist, folgt nicht schon daraus, daß ein Staat ein Rechtsstaat (in dem genannten Sinne) ist, sondern erst aus der Ausgestaltung im konkreten Falle, durch ein bestimmtes Verfassungsge-
setz, weshalb auch niemand überzeugen kann, der, wie Raether ¹⁴⁰⁾, alle Freiheit schlankweg dem Rechtsstaat zuschlägt, ohne die Vorsicht Kelsens, der wenigstens flexibel von "gewissen" Freiheitsrechten spricht, so daß auch etwa ohne ein Recht, den Dienst mit der Waffe

139) Kelsen, 314; allgemeine Meinung.

140) Raether, 69 f.

zu verweigern, ein Staat ein Rechtsstaat sein kann. Problematisch ist an dieser Auffassung aber ohne Zweifel, wo denn der harte Kern "gewisser" Freiheitsrechte ist, ob es einen solchen gibt.

So wird man denn ernsthaft nicht behaupten können, daß ein Staat allein deshalb kein Rechtsstaat sei, weil in ihm eine Sammlungsaktion, der eine behördliche Genehmigung fehlt, nicht statthaft ist. Das aber liegt in der Konsequenz der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das, mit seiner "Wurzel-Theorie", den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus dem Rechtsstaat deduziert und entscheidet, daß es dem Grundsatz widerspricht, wenn ein Gesetz eine Genehmigungspflicht für Sammlungsaktionen oder eine Beschränkung der Zahl der Apotheken statuiert ¹⁴¹⁾. Das deutet schon an, daß die "Wurzel-Theorie" nicht mehr will als einen vagen Hinweis, obgleich das Gericht sich anderenorts ¹⁴²⁾ nicht scheute zu behaupten, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bilde einen "notwendigen (!) Bestandteil des Rechtsstaatsgedankens".

Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bleibt selbst dann fragwürdig, nicht ausreichend begründet und begründbar, wenn es "den" Rechtsstaat stärker mit Elementen auffüllt aus dem Bereich der materiellen Gerechtigkeit, wozu das Gericht neigt ¹⁴³⁾. Denn was Gerechtigkeit im konkreten Fall fordert, weiß niemand, außer, daß im Falle der Willkür äußerste Grenzen "ganz deutlich", nach einem consensus der Vernünftigen, nicht mehr gewahrt sind. Das ist auch die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts und wird in der Rechtsprechung zum Gleichheitssatz immer wieder betont. So konkrete Folgerungen, wie etwa das Verbot an den Staat, Sammlungsaktionen an eine Genehmigung zu hängen, können aus "der" Gerechtigkeit jedoch nicht hergeleitet werden.

141) Vgl. zum Sammlungsgesetz: BVfGE 20, 150 ff, und zum Apothekerrecht: BVfGE 7, 377 ff.

142) BVfGE 10, 364 oder 23, 133: "zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip".

143) So z. B. BVfGE 7, 92. Hierzu im Einzelnen: Raether, 14 ff.

Der Umfang der Folgerungen erscheint vielmehr als bestimmt durch den Umfang der "Selbstverständlichkeiten" ¹⁴⁴⁾ in den zur Entscheidung berufenen Gremien, hier vor allem im einschlägigen Senat des Gerichts. "Im Alltagsleben erscheint es uns nicht sonderlich schwierig, gewisse Handlungen unserer Mitmenschen als vernünftig und andere als unvernünftig zu bezeichnen Es erscheint uns im allgemeinen als höchst wünschenswert, daß Menschen ... Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen abhängig machen" ¹⁴⁵⁾, d. h. von solchen, die auch der Prüfende für "vernünftig" hält, die vor dem System seiner Selbstverständlichkeiten bestehen können.

Hier wird deshalb ungemein wichtig die Frage, ob eine solche Selbstverständlichkeit in einem auf Art. 1 Abs. 1 GG bezogenen System verankert ist oder ob sie "frei" ist. Letzterenfalls dürfte es sich regelmäßig um einen aus der sozialen Wirklichkeit "aufsteigenden Normgehalt" handeln, der das Vorverständnis des BVfG trägt und sich in einem Rechtsprechungsakt einfach niederschlägt, gleichgültig, ob er von Art. 1 Abs. 1 GG her bedeutsam ist oder nicht. Das funktioniert jedenfalls solange, wie der konkrete Inhalt der Forderung des Art. 1 Abs. 1 GG im Dunkeln bleibt. Nur wenn er sichtbar gemacht ist, besteht die Möglichkeit, "aufsteigende Normgehalte", ein Genehmigungsverbot in einem konkreten Falle etwa, an der Forderung nach Erhaltung, bzw. Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse zu messen. Damit erweist sich die Zurückhaltung des BVfG in Bezug auf die materialen Gehalte des Art. 1 Abs. 1 GG als probates Mittel, um das Grundgesetz für die wandelnden Ideen der Gesellschaft zu öffnen. Es wurde bereits die Vermutung angedeutet, daß diese Offenheit des Grundgesetzes, die ja nichts anderes ist als die Offenheit des BVfG, dazu führt, daß Verfassungsbeschwerden gegen neue Gesetze sehr viel weniger Aussicht auf Erfolg haben müssen

¹⁴⁴⁾ Zu diesem Begriff: Hofstätter, Sozialpsychologie, 57 ff.
¹⁴⁵⁾ Hofstätter, Sozialpsychologie, 57.

als solche gegen alte Gesetze ¹⁴⁶⁾. Denn die neuen Gesetze sind Ausdruck einer neuen Überzeugung, die zur Norm konkretisiert worden ist. Nur am Rande sei bemerkt, daß hierin eine strukturelle Schwäche des Art. 100 Abs. 1 GG liegen könnte, der nach den hier entwickelten Gedanken im Freiheitsbereich - anders als in den Fragen der Gleichheit, wo leicht einmal ein "Systemfehler" vorkommt, - höchstens bei "alten" Gesetzen der bundesrepublikanischen Gesetzgeber einen erfolgreichen Vorlagebeschluß ermöglichen wird. Das wäre im Einzelnen zu untersuchen. An dieser Stelle kommt es allerdings hierauf nicht an. So erscheint es als äußerst fraglich, ob die Sammlungsgesetz-Entscheidung des BVfG zu demselben Ergebnis, nämlich dem Erkenntnis, daß ein Genehmigungsvorbehalt für Sammlungen unverhältnismäßig sei, führen würde, wenn das Gesetz, mit dem nämlichen Vorbehalt und ohne die nationalsozialistischen Ingredienzien, vom Bundesgesetzgeber verabschiedet worden wäre. Denn ein "Konsens der Vernünftigen" in der Frage obrigkeitsstaatlichen Denkens zeichnet sich kaum ab, jedenfalls nicht in der Frage der Genehmigungsvorbehalte, die nicht etwa weniger, sondern erheblich mehr werden ¹⁴⁷⁾. Die These vom abzubauenen Obrigkeitsstaat ist durch den aufgezeigten rasanten Prozeß in Richtung auf ein Ineinander-Verwachsen von Staat und Gesellschaft, insbesondere ökonomischem Bereich, überholt. Der Genehmigungsvorbehalt ist Ausdruck dieses Prozesses. Daß er juristisch noch nicht endgültig erfaßt ist, zeigen die Unsicherheiten in der Rechtsprechung zur Frage, inwiefern die Tatsache, daß ein Genehmigungsvorbehalt grundrechtsberührend ist, zu einem Ausschluß von Ermessensfreiheit der Behörde führt, die die Genehmigung zu erteilen hat ¹⁴⁸⁾. Auf keinen Fall ist die gegenwärtige

146) Das bestätigen sowohl die "Sammlungs"- als auch die "Apotheken"-Entscheidung.

147) Kaum eine Lieferung des Bundesgesetzblattes, die eine wirtschaftsrechtliche Materie enthält, ist frei von einem Genehmigungsvorbehalt.

148) Vgl. etwa BVwGE 1, 96; 7, 315; 13, 325; 15, 242 ff.

Praxis der Gesetzgebung als einem Genehmigungsvorbehalt feindlich gesonnen zu klassifizieren. Deshalb liegt die Annahme nahe, daß das BVfG den Genehmigungsvorbehalt im Sammlungsrecht akzeptiert hätte, wenn er vom Bundesgesetzgeber statuiert worden wäre. Und es wäre dem Gericht vielleicht die Gefolgschaft nicht zu versagen gewesen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Vorstellung, die herkömmlich mit dem Begriff des "allgemeinen Gewaltverhältnisses" verbunden ist, der Verfassungswirklichkeit nicht mehr adäquat ist, daß vielmehr das Feld zwischen Bürger und Staat sich laufend verdichtet, derart, daß es zulässig erscheint, in Abgrenzung gegen das tradierte Verständnis vom "allgemeinen Gewaltverhältnis" von einem "besonderen Gewaltverhältnis" im untechnischen Sinne zu sprechen, das diese Dichte der Rechts-Pflicht-Relationen zu kennzeichnen geeignet ist. In das so verstandene "besondere Gewaltverhältnis" ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit problemlos einzugliedern. Seine Herkunft aus den besonders "fühlbaren" Beziehungen des Bürgers und der Polizei wird seit langem betont. Wenn nun der Beziehungskomplex Bürger-Staat insgesamt sich verdichtet, allseits "fühlbar" wird, liegt die Einführung des Grundsatzes in das Verfassungsrecht auf der Hand. Er erweist sich als neue Antwort auf Grund gewandelter Verhältnisse. Nur ist damit noch nicht gesagt, aus dem Impetus welcher Norm oder welchen Rechtsinstitutes diese Antwort erfolgt.

Das BVfG jedenfalls hat den Verhältnismäßigkeitsgedanken zumindest primär ¹⁴⁹⁾ aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet oder in es hineingelesen, worauf sich Lerches Vorwurf einer *petitio principii* gegen das BVfG bezieht ¹⁵⁰⁾. Ob das Rechtsstaatsprinzip als solches geeignet ist, neue Normgehalte zu erzeugen oder ob das höchstens unter Berücksichtigung der Funktion des Rechtsstaatsprinzipes für die Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse

149) BVfGE 13, 104 f; 17, 313; 19, 348 f; 20, 361.

150) Lerche, 32 ff.

möglich ist, soll hier noch nicht entschieden werden. Es spricht aber vieles für die zweite Alternative, da ohne Art. 1 Abs. 1 GG eine Selektion "aufsteigender Normgehalte" ausgeschlossen erscheint, die, nach dem hier verfolgten methodischen Ansatz, notwendig ist, um dem Gesetz und dem Recht einen gewissen Halt gegenüber dem jeweils "politisch Neuen" zu geben.

Ohne den Bezug zu Art. 1 Abs. 1 GG ist jedenfalls die Vermutung nicht zu widerlegen, das Bundesverfassungsgericht habe im Apotheken-Urteil ¹⁵¹⁾ das Verhältnismäßigkeits- als Verfassungsprinzip "erfunden", eine Vermutung, die sich darauf stützt, daß anderenfalls das Gericht z. B. im "Elfes-Urteil" ¹⁵²⁾, mit ziemlicher Sicherheit, sich nicht darauf beschränkt hätte, das Verhältnis von § 7 Abs. i, lit. a, Paßgesetz zu Art. 2 Abs. 1 GG im wesentlichen zu untersuchen unter dem Gesichtspunkt: Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns. Das Gericht hätte vielmehr die beteiligten Rechtsgüter umfassend abwägen müssen, es hätte zugunsten des Beschwerdeführers das Recht zur freien Meinungsäußerung berücksichtigen und der Frage nachgehen müssen, inwieweit Kritik an regierungsamtlicher Politik, vorgetragen im Ausland, mit "möglicherweise" nachteiligen Folgen für die Bundesrepublik Deutschland, das Recht auf freien Auszug aus dem Staatsgebiet begrenzen kann, ein Recht, das, im Sinne neuerer Verfassungsrechtsprechung ¹⁵³⁾, als "elementar" klassifiziert werden könnte. Dabei kommt es garnicht darauf an, wie diese Abwägung ausgegangen wäre mitten in der heißesten Zeit des kalten Krieges, sondern nur darauf, daß sie überhaupt zu vollziehen war, wenn, wie es jetzt heißt ¹⁵⁴⁾, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit "zwingend" (!) aus dem Rechtsstaat folgt, d. h. schon damals folgte.

151) Allenfalls im "Lüth"-Urteil E 7, 208 f, wo im Grunde der Verhältnismäßigkeitsgedanke praktiziert wird.

152) BVfGE 6, 32 ff.

153) BVfGE 17, 314; 20, 159; wohl auch 17, 242.

154) BVfGE 23, 133.

Die Vermutung, daß es sich doch mehr um eine "Erfindung" handelt, findet Nahrung auch darin, daß es, wie die Sozialpsychologie weiß, die "Gruppenleistungen vom Typus des Bestimmens" ¹⁵⁵⁾ gibt, die in allerengsten Zusammenhang stehen mit dem, was man als "voluntatives" Element von Erkenntnisprozessen begreift: Ein Bedürfnis, das in einer Gruppe, in einem Senat des Bundesverfassungsgerichts, in dem Gericht und/oder unter denen, die um Verfassungsrecht mitdiskutieren, besteht, findet Antwort in einem Gedanken, einer Idee, einem Prinzip und diese Antwort wird als Sollenssatz "erkannt" und befolgt, ein Vorgang der im Körperbereich "halluzinatorische Befriedigung" genannt wird und dort, bei der Befriedigung etwa von Hunger, die Not, d. h. die Bedürfnisspannung, mindert ¹⁵⁶⁾. Das soziale Bedürfnis, das sich hier Befriedigung gesucht haben könnte, ist der Ausdruck des neuen Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft, das charakterisiert wurde durch die Notwendigkeit der Staatsgewalt zu umfassender Tätigkeit in allen Bereichen der Gesellschaft ¹⁵⁷⁾, eine Notwendigkeit, die starre Schranken der Bürgerfreiheit nicht anerkennt, die aber, umgekehrt, auch umfassende Nachprüfung, Nach-Abwägung, fordert. Dieses soziale Bedürfnis dürfte deshalb, unter anderem, verhindern, daß eine andere als eine "relative Wesensgehaltstheorie" zu Art. 19 Abs. 2 GG sich durchsetzt, möglichst noch "sozial", auf die Wirksamkeit des Grundrechts in der Gesellschaft nach der Beschränkung bezogen und nicht auf den Freiheitsrest beim Bürger oder der eingeschränkten Gruppe ¹⁵⁸⁾, obwohl auch hier das Grundgesetz ursprünglich etwas anderes gewollt hat oder gewollt haben dürfte als das Paradoxon, daß die Relation das Wesen der Substanz sein sollte, wie Luhmann kritisch bemerkt ¹⁵⁹⁾.

155) Hofstätter, Gruppendynamik, 53 ff.

156) Feshbach, 110 ff. Vgl. auch Uexküll/Kriszat, 89, den "halluzinierenden Star".

157) Im Bundestag gab es zur Zeit der Olympiade-Vorbereitung den Sonderausschuß "Sport und Olympia". Das Bundeskabinett hat oft über das Problem der "Spalter-Flagge" diskutiert. Das Finanzministerium bereitet die Herabsetzung der Umsatzsteuer für die Bundesliga im Fußball vor.

158) So schon BVfGE 2, 285.

159) Luhmann, 59, Anm. 18.

Das Bundesverfassungsgericht hat im übrigen selbst ein Indiz dafür gesetzt, daß es seine Ableitung für nicht ganz überzeugend hält. Denn das Gericht ergänzt seine "Ausführungen", die immer nur Behauptung bleiben, in einigen Entscheidungen durch den Hinweis auf eine allgemeine Freiheitsvermutung ¹⁶⁰⁾, die ihrerseits nicht aus dem Grundgesetz begründet, sondern ebenfalls nur behauptet wird ¹⁶¹⁾. Das ist, wenn man die Freiheitsvermutung formal faßt, als Beweislastverteilungsnorm, sehr schnell einzusehen: Die Freiheitsvermutung beantwortet dann nämlich nur die Frage, wie ein Eingriff in die Bezirke bürgerlicher Freiheit juristisch zu bewerten ist, wenn er nicht begründet wurde von dem, den die Freiheitsvermutung beweispflichtig macht. Auf einer tieferen Ebene sind allerdings Zusammenhänge anzutreffen. Denn für die Wirksamkeit eines freiheitsbeschränkenden Staatsaktes bedarf es, wegen der umfassenden Nachprüfbarkeit, einer ihn tragenden Begründung, die den Richter überzeugt. Und darauf zielen sowohl die formelle als auch die materielle Freiheitsvermutung. Jedoch sagt das nichts aus über die Natur des überzeugenden Argumentes, d. h. über das, was im konkreten Streitfall, nach der Überzeugung des Gerichts, zu tun ist. Denn das hängt an dem allgemeinen Wertgefühl der Richter, an der guten Ordnung, die sie meinen, von woher sich der Faden spinnen läßt zur Diskussion um die Klassenjustiz. Oder umgekehrt: Für die Überzeugung eines Richters macht es keinen Unterschied, ob ein Eingriff in die Freiheit nicht ausreichend begründet und der Staat beweisfällig geblieben ist oder ob die Abwägung, die der Staat vollzog, vom Richter nicht akzeptiert werden konnte. Das meint das Wort vom gemeinsamen Untergrund der formellen und der materiellen Freiheitsvermutung, die diesen Tatbestand, die Notwendigkeit des Überzeugens, verobjektivieren. Im objektiven Bereich nun klärt die formelle Freiheitsvermutung, als prozessu-

160) Vgl. Fußnote 170.

161) Das kritisieren zu Recht Hesse, 29 und Lerche, 32 ff.

ale Norm, nur die Frage, welche der Streitparteien zu beweisen hat, d. h. eine Handlungspflicht, die keineswegs Abwägung ist.

Die materielle Freiheitsvermutung bringt demgegenüber, wenn sie besteht, ein Mehr. Das BVfG behauptet: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folge aus dem Grundsatz der "Rechtsstaatlichkeit namentlich in Verbindung mit der allgemeinen Freiheitsvermutung zugunsten des Bürgers, wie sie gerade in Art. 2 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommt" ¹⁶²⁾. Es ist nicht ganz sicher, was das Gericht damit sagen will. Von seinen bei der Analyse der Rechtsprechung zu Art. 1 Abs. 1 GG nachgewiesenen Vorverständnis aus kann das nur so verstanden werden, wie es die klassische Theorie meint und wie Schneider es präzisiert, wenn er sagt ¹⁶³⁾, daß "die Maxime in dubio pro libertate auf die Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen" und darauf verweise, der Mensch "aller Wahrscheinlichkeit nach spontan 'rechtmäßig' und in Übereinstimmung mit dem Gemeinwohl handeln wird". Es ist bereits darauf hingewiesen worden ¹⁶⁴⁾, daß ein solcher Ausgangspunkt nur noch begrenzt akzeptiert werden kann. Es dürfte im allgemeinen eine solche Vermutung haltbar sein in Bezug auf das Strafrecht, aber nicht mehr in den "Niederungen" des Verwaltungsrechts, dort wo es um Meldepflichten, Beihilfeansprüche, Verkehrssicherungspflichten im weitesten Sinne, um das Bau- und Abgaberecht und anderes geht. Insoweit vermag der Gedanke einer Prädominanz des Menschen, der "freien menschlichen Persönlichkeit" ¹⁶⁵⁾ dem Gesetzgeber und dem Verwaltungsapparat ebenso wenig eine praktikable Handhabe zu bieten wie dem Richter.

Es muß daher für den ganzen hier angesprochenen und erkennbar ausgedehnten Bereich noch einmal festgestellt werden,

162) BVfGE 17, 313 f.

163) Schneider, In dubio pro libertate, 290.

164) S. o. S. 104.

165) BVfGE 13, 104 f.

daß die Veränderungen im sozio-ökonomischen Bereich die Konzeption des bürgerlichen Rechtsstaates mit seiner prinzipiellen Trennung von Staat und Gesellschaft nicht mehr zulassen, damit auch nicht die Formulierung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Freiheit und Zwang.

Hier geht es vielmehr um einen "vernünftigen Ausgleich zwischen Freiheit und Gemeinschaftsgebundenheit, Allgemein- und Individualinteressen" ¹⁶⁶⁾, um das, was Hesse das "Prinzip der praktischen Konkordanz" nennt ¹⁶⁷⁾.

Aus welcher Perspektive der "vernünftige Ausgleich", die "praktische Konkordanz" herzustellen sind, ist nach wie vor offen. Doch zeigt die subsidiäre Begründung des Verfassungsranges des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus der Freiheitsvermutung, daß ein gewisses Gespür dafür vorhanden ist, daß nur Art. 1 Abs. 1 GG die gestellte Aufgabe bewältigen kann, und zwar nur dann, wenn man diese Bestimmung als Forderung nach Erhaltung und Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse liest. Denn nur so vermag Art. 1 Abs. 1 GG individuelle und kollektive Interessen aufeinander zu beziehen.

Daraus folgt, daß bei der Herstellung des "vernünftigen Ausgleichs", der "praktischen Konkordanz" die Kollektivinteressen auf die hinter ihnen stehenden Individualinteressen "abgeklopft" werden müssen, die ebenso wie die von einem Eingriff betroffenen Individualinteressen zu Art. 1 Abs. 1 GG in Bezug zu setzen sind ¹⁶⁸⁾. Aber das setzt voraus, daß vorher eine inhaltliche Aufhellung des Art. 1 Abs. 1 GG vorgenommen sein muß. Denn ohne eine solche ist eine In-Beziehung-Setzung der betroffenen und der etwa durch einen Legislativakt zu schützenden Interessen nicht denkbar. Damit erweist sich erneut als nachteilig, daß das BVfG den materialen Gehalten des Art. 1 Abs. 1 GG bislang so gut wie keine Aufmerksamkeit gewidmet hat. Es kann deshalb auch nicht erstaunen, daß das BVfG in

166) Das bemerkt Schneider an anderer Stelle (In dubio pro libertate, 19) zutreffend.

167) Hesse, Grundzüge, 28 f; im Ergebnis steht Lerche, 33, dem nahe.

168) S. a. Herzog, MDH, Rdnrn. 265 ff.

seiner Gemeinwohljudikatur "nur vereinzelt" auf die hinter den Kollektivinteressen stehenden Individualinteressen durchgegriffen hat ¹⁶⁹⁾. Dem Gericht fehlt einstweilen der systematische Ansatzpunkt dafür. Dabei wirkt sich vermutlich als Sperre aus, daß das Gericht seiner Rechtsprechung den Gedanken von prinzipiell "endlosen" Grundrechten zugrundelegt. Eine derartige Konzeption der Grundrechte führt nämlich - entgegen dem sich aus einer oberflächlichen Betrachtung des "Elfes-Urteils" ergebenden ersten Anschein - zu einer Abschwächung des Grundrechtsschutzes, jedenfalls zu seiner Ineffektivität in der Praxis außerhalb des Bereichs des "Persönlichkeitskernes".

Denn entgegen dem offiziellen Ergebnis des "Elfes-Urteils" ¹⁷⁰⁾ hat sich herausgestellt, daß außerhalb des Persönlichkeits-Kernes, den allein die Konzeption von Peters als durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ansehen will, de facto Grundrechtsschutz über die Forderung nach einem Begründungszwang hinaus nicht stattfindet. Dasselbe läßt sich für Art. 12 Abs. 1 GG und für Art. 14 Abs. 1 und 2 GG sagen ¹⁷¹⁾. Mit aller Deutlichkeit hat sich dies erst neuerdings wieder, und zwar in Bezug auf Art. 13 GG, gezeigt ¹⁷²⁾. Mit großen Anstrengungen, insbesondere unter Abstellen auf die ansonsten ¹⁷³⁾ verpönte subjektive Interpretationsmethode gelingt es dem Gericht, auch die Geschäftsräume von Handwerk und Gewerbe dem Begriff der "Wohnung" zu unterstellen, um sich dadurch sogleich vor dem Problem wiederzufinden, wie denn die umfangreichen Aufsichtsbefugnisse mit ihrem Recht auf Überprüfung des Zustandes des Betriebes (in Bezug auf hygienische, polizeiliche, arbeitsschützende und andere Fragen) unter den Katalog des Art. 13 Abs. 3 GG zu subsumieren sind. Indem das BVfG insoweit ungeschriebene, möglicherweise vergessene (!) Eingriffsermächtigungen in Art. 13 Abs. 3 GG

169) Häberle, Gemeinwohljudikatur, 112 f.

170) Vgl. Fußnote 135.

171) Zur Bedeutung von Art. 14 Abs. 1 GG im Beziehungskomplex Staat-Bürger vgl. Rupp, Grundfragen, 237 ff.

172) BVfG DoV 72, 52.

173) BVfGE 1, 312; 6, 75; 11, 126.

hineinliest, löst es zwar das praktische Problem, wenn auch in methodisch fragwürdiger Weise. Es läßt aber im Ergebnis jedweden vernünftigen Gesichtspunkt gegenüber dem Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG durchgreifen, d. h. es läßt grundrechtlichen Schutz insoweit "leerlaufen". Das Ergebnis ist zu bejahen, nur wird nicht erkennbar, warum dann zunächst einmal soviel Mühe aufgewandt wird um nachzuweisen, daß grundrechtlicher Schutz im Prinzip auch außerhalb der "Wohnungen" im eigentlichen Sinne gilt 174), wenn hinterher nichts "herauskommt". Das BVfG geht hier im Grunde nach demselben Schema vor wie im "Elfes"-Urteil. Es legt den Grundrechten die Vorstellung von prinzipieller Endlosigkeit unter, um sodann den danach notwendigen zweiten Schritt zu tun und auch die Grundrechtsschranken extensiv zu bestimmen. Dabei ergibt sich dann der Anschein, als bestünde die Gefahr, daß die Rechtsprechung sich darin "erschöpfen" könnte, "Individual- und Privaträume" "abzuschotten", wie Krüger es formulierte. In Wahrheit aber werden hier keine Wälle aufgeschichtet, hinter denen unangreifbare individuelle "Bastionen" sich befinden, sondern es wird verdunkelt, daß in Wahrheit die Positionen im mittleren Bereich wirtschaftlicher Interessen in weitestem Umfang zur Disposition des Gesetzgebers stehen.

Wenn aber das BVerfG die Notwendigkeit umfassender staatlicher Aktivität akzeptiert, kann es insoweit, als es sich nicht um "elementare" Grundrechtspositionen handelt, nicht umhin, alle möglichen, in ihrer Tragweite und ihrem Gewicht nicht weiter untersuchten Kollektivinteressen zu akzeptieren. In dem das Gericht in seiner Rechtsprechung zu den Grundrechten weitaus am stärksten beschäftigenden Bereich der "mittleren" ökonomischen Interessen müssen sich folglich auch alle möglichen "vernünftigen" Gesichtspunkte des allgemeinen Wohles durchsetzen. Das aber heißt nichts anderes, als daß ein Vor-Urteil zugunsten "aufsteigender Normgehalte" sich bilden muß, weil, um es spitz zu

174) Die Klagebefugnis i. S. von § 42 Abs. 2 VwGO hätte sich problemlos aus Art. 2 Abs. 1 GG herleiten lassen.

formulieren, diese sich regelmäßig durchsetzen und weil sie ausschlaggebend sind für die normativen Zwischensätze, deren nicht fallbezogenes Studium an Hand etwa des Kommentares von Leibholz-Rinck eine Generalisierung der Zwischensätze auch auf zentrale Grundrechtsprobleme befördert. Dadurch werden die Grundrechtspositionen auch in ihren "elementaren" Bereichen dem jeweils politisch Neuen geöffnet. Zumindest besteht eine Tendenz dazu.

Ohne die Erkenntnis, daß nur noch in seltenen Fällen das Individual- und das Kollektivinteresse sich "feindlich" gegenüber treten, wird die Gesellschaft verbal vom Staat getrennt. Instrument dieser Trennung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn er so allgemein eingesetzt wird, wie das BVfG es tut. Daraus entstehen eine Reihe von Unsicherheiten. "Die Freiheit des Bürgers ... von der öffentlichen Gewalt (darf) jeweils nur soweit beschränkt werden ... als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist" ¹⁷⁵⁾. Hier vermittelt schon der Wortlaut das Gefühl, wie lästig diese "Interessen" sind, wie ein Übel, das nur ausnahmsweise hingenommen werden kann. Demgegenüber kennt das Gericht auch ganz andere Formeln, wie z. B. die, "daß das gewählte Mittel und der gewollte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen müssen" ¹⁷⁶⁾. Damit wird inhaltlich eine "praktische Konkordanz" gefordert. Das BVfG sieht die Verschiedenheit der Situationen und dürfte ihr in seinen Ergebnissen meist gerecht werden. Doch liefert es keinerlei Anhaltspunkte für die Differenzierung dieser Situationen. Es lassen sich die Grundsätze, nach denen das Übermaßverbot einmal so und einmal so formuliert wird, allenfalls erraten: Je näher eine Maßnahme der Staatsgewalt dem "Intimen" ¹⁷⁷⁾, dem Körper, der Wohnung im eigentlichen Sinne und "elementaren Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit" ¹⁷⁸⁾ kommt, desto schwerer ist

175) BVfGE 19, 349.

176) BVfGE 10, 117.

177) BVfGE 27, 350 f.

178) BVfGE 17, 314.

sie zu begründen, desto eher ist sie unverhältnismäßig. Damit wird die Frage, was denn "elementare" Grundrechtspositionen sind, der eigentliche Hebel, dessen Handhabung solange in der Risikozone des Willkürlichen bleiben wird, wie ein Bezug der Freiheit zum Menschen nur immer wieder darin gesehen wird, daß "die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Rechtswert" sei ¹⁷⁹⁾, und die Bedingungen menschlicher Freiheit, die menschenwürdigen Verhältnisse, nicht aufgehellt werden. So nimmt es nicht wunder, daß das BVfG unwidersprochen die Sammlungsfreiheit zu einer "elementaren" Äußerung menschlicher Freiheit erhebt ¹⁸⁰⁾, während das Recht des Elfes zum freien Auszug aus der Bundesrepublik Deutschland offensichtlich nicht dazu zählte.

Danach ist der eigene Standpunkt wie folgt zu charakterisieren:

Der Beziehungskomplex Staat - Bürger ist derart verdichtet worden, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur dort sinnvoll eingesetzt werden kann, wo "elementare" Interessen des Menschen betroffen sind. Er ist dann so zu formulieren, daß Einschränkungen individueller Positionen nur zum Schutz überragender, ihrerseits wieder auf Art. 1 Abs. 1 GG bezogener Kollektivinteressen zulässig sind. Grundrechtsverbürgungen dienen allein dem Schutz solcher "elementarer" Positionen. Darüber hinaus sind individuelle Freiheiten möglich, aber einschränkbar zugunsten aller möglichen Kollektivinteressen. Insoweit gilt die Forderung nach "praktischer Konkordanz", die demnach im Bereich der Freiheit nicht als grundrechtsrelevant angesehen werden kann. Hier ist der Raum, wo das "politisch Neue" sich bedenkenlos Raum verschaffen kann und die rechtsprechende Gewalt ihm, d. h. den aus dem sozialen Bereich "aufsteigenden Normgehalten" nachgeben muß.

Alles kommt danach darauf an, "elementare" menschliche Interessen von anderen zu trennen. Das kann nur durch einen Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG gelingen, der deshalb einer

179) BVfGE 13, 104.

180) BVfGE 20, 159.

materialen Auffüllung bedarf, die das BVfG bislang noch nicht geleistet hat ¹⁸¹⁾. Die vorliegende Arbeit hat hierzu bislang erbracht, daß Art. 1 Abs. 1 GG dahin verstanden werden muß, daß er die Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse verlangt und daß darunter Lebensbedingungen zu verstehen sind, unter denen eigenverantwortliches Leben realiter möglich ist. Dabei soll es einstweilen bleiben ¹⁸¹⁾.

Es darf aber bereits jetzt der entscheidende Vorteil der vorgetragenen Ansicht betont werden. Sie ermöglicht, außerhalb der vielen Worte über Freiheit, freiheitliche Gesellschaftsordnung usw. das Nachdenken über das eigentlich Menschliche, über das, was es trotz der gewaltigen gesellschaftlichen Wandlungsprozesse zu erhalten und immer auch zu schaffen gilt. Sie macht mit den "Grund"-Rechten ernst und verhindert die von Krüger nachhaltig kritisierte Benutzung des Argumentes: Freiheit für alle nur erdenklichen ephemeren und fragwürdigen Zwecke.

Damit erwächst aus der Begrenztheit eine echte Chance: Es wurde darauf aufmerksam gemacht, daß die Gefahr für den Menschen in der Struktur des ökonomischen Sektors der Gesellschaft und seinen Forderungen begründet ist. Die Probleme, die hier anstehen, werden durch die vorgelegene Auffassung "freigegeben". Die Entscheidungen, die hier fallen, über Kapitalkonzentration, Außenpolitik, Wachstumsraten, Handelsbeziehungen, Werbung, Wettbewerbsrecht, Ausbildungsorganisation u. ä. werden von Grundrechtspositionen auch nicht mehr scheinbar gehindert ¹⁸²⁾. Die Politik erhält "ihren" Bereich. Damit aber steigt die Chance, daß Strukturpolitik stattfindet. Diese ist als die einzige Möglichkeit erkannt worden, den Gefahren des "konsumfrohen Fachidioten" zu entgehen ¹⁸³⁾. Die Chance, daß Strukturpolitik stattfindet, steigt deshalb, weil der Diskussion um wirtschaftliche Fragen die Möglichkeit

181) Der 2. Hauptteil wird einen Versuch zur Vertiefung der bis jetzt erreichten Einsichten bringen.

182) Im Ergebnis ist das bereits heute der Fall: Gegenüber etwa der Einführung der allgemeinen Wehrpflicht vermag der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nichts, vgl. BVfGE 12, 52.

183) Oben S. 46 ff.

genommen ist, überall und an fragwürdigen Punkten die Grundrechte zum Zwecke der Legitimation zu verwenden. Es wird dadurch bewirkt oder zumindest der Weg dazu freigelegt, daß die Grundpositionen des Mensch-Seins als Fragezeichen in diese Diskussion einfließen und daß vielleicht auf sie hin Entscheidungen getroffen werden¹⁸⁴⁾. Ob das der Fall ist, hängt letztlich allein am Bewußtsein des Parlamentes und seiner Wähler. Das Recht vermag nicht mehr, als der politischen Diskussion Impulse zu geben. Das Recht vermag dies aber nicht "an sich", sondern über seine Interpreten und seine Interpretation. Essentiale der Grundrechte als Chance zu einer menschenwürdigen Gesellschaft ist deshalb das Grundrechtsverständnis. Und daß dasjenige des BVfG insoweit nicht förderlich ist, dürfte jetzt deutlich geworden sein.

Das gilt vor allem in Bezug auf die "letzte Bastion", die das BVfG mit seiner Rechtsprechung zu den "elementaren" Äußerungsformen der menschlichen Freiheit aufbaut, wobei die Unsicherheit einmal außer Acht gelassen werden kann, die das Gericht mangels eines Bezugspunktes bei der Bestimmung dessen, was "elementar" ist, notwendigerweise haben muß.

Die Einflüsse, die auf die Persönlichkeit des Menschen und damit auf seinen Verhaltensstil einwirken, sind nicht zu beeinflussen, wenn das Gericht, wie es das tut, die Freiheit als vorgegeben betrachtet und nicht auf die psychischen und sozialen und ökonomischen Voraussetzungen menschlichen Handelns abstellt und diese in Richtung auf Freiheit und Entscheidung auslotet. So sagt die Freiheit der Berufswahl in einem Fall fast gar nichts, in dem eine soziale Analyse ergibt, daß der angestrebte Beruf in zehn Jahren nicht mehr existieren wird. Solange ein Mensch, der diesen Beruf anstrebt, zu überzeugen ist durch Aufklärung, tauchen Probleme nicht auf. Problematisch wird der Wunsch, Handschuhmacher zu werden, erst dann, wenn der, der ihn

184) Damit ergibt sich eine Ergänzung zu dem, was als Forderung aus der Untersuchung zum rechtsstaatlich-gewaltengliedernden Instrumentarium ermittelt wurde, der Forderung nach "mehr Gesetz", die darauf abzielt, politische Entscheidungen des Parlamentes zum Nachteil der technokratischen der Verwaltung zu ermöglichen.

hegt, von ihm nicht zu trennen ist, weil er von Jugend an durch seine Eltern dazu erzogen wurde. Es ist sehr unwahrscheinlich, daß das Bundesverfassungsgericht gegenüber einem Verbotsgesetz mit seiner Formel von den objektiven Zulassungsvoraussetzungen eine sozial vertretbare Entscheidung treffen würde. Oder gegenüber einem privaten an Gewinn orientierten Fernsehen mit dem Hinweis auf die Möglichkeit des Bürgers, sich anderswo, etwa bei den öffentlich-rechtlichen Anstalten, zu informieren, wenn es den Zustand des Bewußtseins großer gesellschaftlicher Schichten, auf den noch einzugehen sein wird, berücksichtigt, das, gänzlich, entpolitisiert, nach schlichter Unterhaltung strebt. Oder gegenüber einem gesetzlich festgelegten Verbot von Schwarzbeschäftigungen mit dem Hinweis auf die allgemeine Handlungsfreiheit, wenn es an die soziale Pflicht zum Konsum, zur Leistung, denkt. Wenn in all' diesen Fällen des Menschen Freiheit unterstellt wird, nur weil der Mensch eben Mensch ist, wird der freie Mensch ein leistungsbewußter Konsument sein, der den Impulsen aus dem ökonomischen Bereich, wenn auch nicht nur, so doch primär, ihm, "ausgeliefert" ist.

Der Mensch, nur partiell mit Instinktregulationen ausgestattet und deshalb in hohem Maße Konventionen, d. h. der Bildung von Selbstverständlichkeiten, offen und auf sie angewiesen, wird dadurch voll eingebunden in ein System von Abhängigkeiten, aus dem er sich nicht befreien kann, weil ihm die Voraussetzungen hierzu in seiner psychischen Struktur noch nicht oder nicht mehr gegeben sind, ein Faktum, das, außer in der Zeit der Eingewöhnung, des Kind- und Jugendlich-Seins, nicht verknüpft ist mit dem Gefühl der Unfreiheit, eben weil die Abhängigkeiten allgemein sind, "selbstverständlich" geworden zumindest in der Gruppe, der der einzelne Mensch zugehört ¹⁸⁵⁾.

Insoweit vermag der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nichts oder wenig, weil die Gefahren nicht aus konkret dem Einzelnen gegenüberstehenden Gemeinwohlsgütern herrühren, sondern aus gesellschaftlichen "Superstrukturen" ¹⁸⁶⁾.

185) Hierzu Hofstätter, Sozialpsychologie, 63 ff.

186) Gehlen, 11 ff, 40 ff, 54.

Ihnen nachzuspüren ist unmöglich, wenn das BVfG einfach voraussetzt, daß der Mensch frei sei, eben als Mensch kraft Zugehörigkeit zur Art. Der Ansatzpunkt für Freiheit und Unfreiheit ist vielmehr im konkreten Menschen zu suchen, in der Struktur seiner Psyche, die in vielfacher Hinsicht Reflex ist der Verhältnisse, in denen sie wurde: Die Freiheit des Apothekers ist nicht zu diskutieren ohne das wachsende Bedürfnis der Bürger nach Schlaftabletten, nach den Krankheiten im psychosomatischen Bereich, und ohne das Wachstumsinteresse der pharmazeutischen Industrie ¹⁸⁷⁾. Die Zusammenhänge sind im einzelnen unübersichtlich. Juristisch eindeutige Konsequenzen lassen sich noch nicht entwickeln. In derartigen Fällen beugt sich das Gericht gemeinhin der Prognose des Gesetzgebers als dem politischen Lenkungsorgan, wenn sie nicht nachweislich falsch ist ¹⁸⁸⁾.

Die Entscheidung der Apotheken-Frage hätte das Gericht der "Politik" überlassen sollen und können.

2. Das Willkürverbot.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ¹⁸⁹⁾ ist eine Differenzierung dann kein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot, "wenn ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund" für die Differenzierung sich finden läßt, kurz: wenn die Bestimmung nicht als willkürlich bezeichnet werden muß.

Diese Auffassung des Gerichts ist absolut herrschend, wenn auch das Unbehagen an ihr wächst, da man die Selbstbeschränkung als unbegründet empfindet, die das Gericht, mit der Willkür-Formel operierend, sich auferlegt ¹⁹⁰⁾.

187) Genau das ist in den vom BVerfG eingeholten Gutachten (Vgl. E 7, 385/6, 415 ff) überhaupt nicht angesprochen worden.

188) BVerfGE 4, 157 ff. Zwar handelt es sich nur um ein die Grundrechte berührendes Urteil (S.181 ff). Die Ausgangslage - der funktionelle rechtliche Vorrang des Parlamentes - ist jedoch ähnlich.

189) Vgl. z. B. BVfGE 1, 52; 12, 348; 14, 150; 15, 320, 18, 48.

190) A. Arndt, 2154; Kappes, 103 f; Schubach, 148.

Bislang aber gelang es noch nicht, dem Gleichheitssatz andere konkrete Gehalte abzugewinnen ¹⁹¹⁾. Der Grund dafür dürfte sein, daß Art. 3 Abs. 1 GG nur noch in Verbindung mit der (unlösbaren) Gerechtigkeitsproblematik gesehen wird.

Eine Verbindung zu ziehen zwischen "der Gerechtigkeit" und der Wirtschaftspolitik ist dem Bundesverfassungsgericht mit der Willkür-Formel unmöglich. Deshalb gibt das Gericht der "Sachgesetzlichkeit des Marktes" freie Hand, indem es sich im Bereich der Wirtschaft besondere Zurückhaltung auferlegt ¹⁹²⁾. Wenn es gelegentlich Wirtschaftspolitik in einem Zusammenhang mit der Gesellschaftspolitik nennt ¹⁹³⁾, so muß das in der Art verstanden werden, daß das Gericht auch in den Fragen der Gesellschaftspolitik das Grundgesetz, von der Sozialstaatsklausel abgesehen, für aussagelos hält und Willkür nicht entdeckt.

Damit ist, für die untersuchte Frage bereits ausreichend, konstatiert, daß mit dem Willkürverbot tatsächlich dem Menschen nicht geholfen wird und werden kann gegenüber den Tendenzen, die aus dem Sektor Wirtschaft kommen. Das Einsetzen der Sozialstaatsklausel als ein Mittel zur Begrenzung totaler Aktionsfreiheit der beiden anderen Gewalten in ökonomischen Fragen vermag, weil "nur" Finanzielles, wenig, solange finanzielle Unabhängigkeit auf Grund der gesellschaftlichen Konsumpflichten nur das Fern-Sein störender Einflüsse gegenüber der Erfüllung dieser Pflichten meint. Es fehlt bislang die Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1 GG als Mittel zur Begrenzung der genannten Freiheit des ökonomischen Sektors. Und darin liegt die Fragwürdigkeit des Bezugs auf die Gerechtigkeit, die dem Gericht erlaubt, ganz konkret nach Gründen zu fragen für eine Differenzierung, wenn es das für erwünscht hält, weil sie seinen Selbstverständlichkeiten entspricht oder nicht: "Die

191) Das bemerkt zutreffend Leibholz, 255.

192) BVerfGE 18, 331 f.

193) BVerfGE 13, 345 f.

Gründe, die für die ungleiche Behandlung der bei ihren Eltern beschäftigten Arbeitnehmer sprechen, sind aber nicht so bedeutsam, daß sie den völligen Ausschluß dieser Arbeitnehmer von dem Schutz der Sozialversicherung rechtfertigen könnten, zumal hier auch das Sozialstaatsprinzip für die Gleichbehandlung spricht ¹⁹⁴⁾". Es kommt also weniger darauf an, daß "irgendein sachlich einleuchtender Grund" vorhanden ist, sondern abhängig ist der Umfang der Nachprüfung vor allem von der "Gerechtigkeitsvorstellung" des Gerichts für den einzelnen Fall, die nun ihrerseits nicht, wie es nach der Systematik des Grundgesetzes gefordert ist, in einer Vorstellung von der Würde des Menschen verankert ist, die sich dann in jeder Entscheidung konkretisieren würde, in der genannten Entscheidung in einem Akt der Emanzipation des voll arbeitsfähigen Herangewachsenen aus der Abhängigkeit vom Elternhaus und der Eingliederung der Landwirtschaft in den allgemeinen Wirtschaftsprozeß, die unter anderem durch Normen wie § 3 HGB systematisch verhindert wurde und zu starkem Stadt-Land-Gefälle mit den begleitenden Ressentiments geführt hat und durch das angefochtene Gesetz nicht berücksichtigt wurde. Das Bundesverfassungsgericht geht diesen sozialen Problemen aus dem Wege, weil es kein Bild vom Menschen hat, das über den liberalen Einzelnen, der, notgedrungen, Interessen bestimmten Gemeinschaftsanliegen "opfert", hinausweist.

Weil das Gericht ein präzises Bild vom Menschen, wie das Grundgesetz es will, nicht hat und nicht einmal grobe Züge dieses Bildes erkennt, überläßt es die Gestaltung des Menschen in der Wirklichkeit anderen Kräften; obgleich die Richtung, in die sie arbeiten, recht gut erkennbar ist ¹⁹⁵⁾, überläßt das Gericht sich selbst einem vagen Gerechtigkeitsgefühl, das bestimmt wird, wie bei der Frage

194) BvFGE 18, 373.

195) So konnte das Gericht in der "Zweigstellensteuer-Entscheidung" (BvFGE 19, 101) auch das Problem der Konzentration (mit der Steigerung von Abhängigkeit der Arbeitnehmer kraft Alternativenschwunds und allen anderen Folgen) ganz einfach übergehen.

nach der Sicherung des Menschlichen durch die Verhältnismäßigkeit schon ausgeführt wurde, durch die gesellschaftlichen Selbstverständlichkeiten, die wandelbar sind und sich wandeln. Damit verzichtet das Bundesverfassungsgericht auf einen festen Bezugspunkt. Denn für den Menschen gibt es keine Selbstverständlichkeit an sich, nicht einmal eine "angeborene Tötungshemmung" ¹⁹⁶⁾, weshalb zu bezweifeln ist, daß das Bundesverfassungsgericht sich, mit Überzeugungskraft, aus Art. 1 Abs. 1 GG einer Einführung der Todesstrafe widersetzen könnte.

Der unterschiedliche Umfang, mit dem das BvFG den "sachlich einleuchtenden Grund" prüft, erlaubt es, den Zusammenhang mit den Erkenntnissen herzustellen, die für den Freiheitsbereich und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gewonnen wurden. Dort schlägt sich das Vor-Urteil des Gerichts darüber, ob eine beeinträchtigte Freiheit (in dem weiten Sinne des BvFG) eher eine "elementare" Äußerung der menschlichen Handlungsfreiheit ist oder nicht, in einer engen oder weiten Formulierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nieder. Dasselbe ereignet sich im Gleichheitsbereich, wenn der "sachlich einleuchtenden Grund" einmal einer detaillierten und ein anderes Mal einer "großzügigeren" ¹⁹⁷⁾ Prüfung unterzogen wird ¹⁹⁸⁾.

Es ist deshalb geboten, auch im Gleichheitsbereich Grundsätze zu entwickeln, nach denen das BvFG bei der Frage zu judizieren hat, ob ein strenger oder ein weiter Maßstab an einen konkreten Sachverhalt anzulegen ist. Keineswegs kann Hesse ¹⁹⁹⁾ gefolgt werden, der unter Berufung auf Heller meint, Art. 3 Abs. 1 GG sei insoweit "ein Einfalls-

196) Mitscherlich, Die Unfähigkeit, 264.

197) BvFG 9, 349.

198) Dabei ist vor allem die strenge Handhabung des Gleichheitssatzes anerkennend hervorzuheben (vgl. BvFG 8, 64 f; 14, 133; 24, 339). Hier wird "ein besonderer zwingender Grund" für die Differenzierung gefordert, was auf die entsprechenden Überlegungen im Freiheitsbereich verweist.

199) Hesse, Grundzüge, 178.

tor, durch das die positiv bewertete gesellschaftliche Wirklichkeit täglich in die staatliche Normativität eindringt". Das heißt nämlich nichts anderes, als daß Art. 3 Abs. 1 GG den aus der Gesellschaft "aufsteigenden Normgehalten" im Grund unbegrenzt offensteht. Wenn Hesse sich dabei auf die Rechtsprechung des BVfG beruft, ist ihm weitgehend zuzustimmen. Die Erkenntnis, daß das BVfG keinen "harten Kern" des Gleichheitssatzes herausgeschlagen hat, ist unabweisbar. Der Grund hierfür dürfte wie im Freiheitsbereich darin zu suchen sein, daß auch dem Gleichheitsgedanken eine prinzipielle Endlosigkeit zugestanden wird, woraus dann umgekehrt die Notwendigkeit resultiert, daß bei dem Umfang staatlicher Aktivität im gesellschaftlichen Bereich, der dem tradierten Bild des "allgemeinen Gewaltverhältnisses" nicht mehr entspricht, dem Gesetzgeber ein großer Spielraum für Differenzierungen verbleiben muß. Insoweit findet grundrechtlicher Schutz nicht statt. Dem ist im Ergebnis und unter Berufung auf die Struktur des hier vor allem angesprochenen ökonomischen Bereiches beizutreten. Das Problem ist nur, inwieweit grundrechtlicher Schutz stattzufinden hat.

Es bietet sich deshalb entsprechend dem zu Art. 2 Abs. 1 GG Gesagten auch in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG die Konsequenz an, den Gleichheitssatz nicht mehr prinzipiell als endlos zu verstehen und seinen Geltungsbereich auf die Positionen zu verkürzen, in denen der Mensch als solcher das Mensch-Sein, die menschenwürdigen Verhältnisse angesprochen sind ²⁰⁰⁾. Bei dieser Auffassung ist es allerdings nicht mehr möglich, die "heilsame" Funktion des Art. 3 Abs. 1 GG zur Beseitigung von Systemfehlern ²⁰¹⁾

200) Hesse, Grundzüge, 171 ff, anerkennt dieses Ergebnis für Art. 2 Abs. 1 GG, indem er sich für die Ansicht von Peters und gegen das BVfG entscheidet. Er verkennet aber, daß sich das Problem für Art. 3 Abs. 1 GG in genau derselben Weise stellt, wenn er sich bei dieser Bestimmung für die Offenheit der Verfassung entscheidet (vgl. Fußnote 212).

201) BVfGE 14, 311 f; 15, 75 ff (bei Begünstigungen); 13, 38; 13, 340; 15, 318 (bei Belastungen).

in Gesetzen einzusetzen, soweit sich solche auf Positionen beziehen, die nicht zu den menschenwürdigen Verhältnissen zählen. Doch sind die Folgen nicht bedenklich. Insoweit ist dem Argument von Hesse ²⁰²⁾ zu folgen, der für die Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG im Sinne von Peters vor allem anführt, daß die Auffassung des BVfG "die verfassungsrechtliche Verhältnisbestimmung zwischen gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt" verfehle, was insbesondere deshalb bedenklich sei, weil "die konkreten und bestimmten Regelungen der Gesetze hier - im Gegensatz zu den benannten Freiheitsrechten - an Hand eines ganz abstrakten und unbestimmten Maßstabes überprüft werden müssen". Dieser berechnete Einwand gilt auch in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG. Davon abgesehen handelt es sich bei dem Problem der Systemwidrigkeiten vor allem darum zu prüfen, in welchem Umfange öffentlich-rechtliche Normen analog anwendbar sind und welche Folgen sich hieraus ergeben ²⁰³⁾. Es ist nicht einzusehen, warum ein solches Problem im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes diskutiert werden soll.

202) Hesse, Grundzüge, 173.

203) Das zeigt sich deutlich bei BVfGE 15, 46 ff, wo letztlich zwischen dem BAG und dem BVfG die Frage kontrovers war und entschieden wurde, ob eine Analogie möglich war oder nicht. Das BAG hatte wie der Gesetzgeber entschieden. Ob gemessen daran das BVfG nicht seinen Funktionskreis überschritten hat, erscheint als zweifelhaft. Es wäre zu untersuchen, ob die Frage der Systemwidrigkeit nicht aus dem Gesetzesbegriff heraus zu beantworten wäre. Vgl. zu diesem Ansatzpunkt Schneider, Einzelpersonengesetz, 91/2.

V. Zusammenfassung: Das BVfG und die Sozialwissenschaften.

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß das BVfG nur sehr vereinzelt Bastionen errichtet gegen die Gefahren, die dem Menschen aus dem ökonomischen Sektor der Gesellschaft drohen. Im Hinblick auf das gewaltengliedernd-rechtsstaatliche Instrumentarium ist die Tendenz zur Preisgabe liberaler Ideen, denen durchaus neue Funktionen abgewonnen werden könnten, festzustellen, während umgekehrt im Grundrechtsbereich die liberale Vorstellung von der Entgegen-Setzung von Staat und Gesellschaft entgegen der Rechtswirklichkeit aufrechterhalten und als Grundlage der Grundrechtsrechtsprechung benutzt wird, ohne daß dieses allerdings den Fortgang der gesellschaftlichen Entwicklungen hindert. Ja, es läßt sich, *cum grano salis*, behaupten, daß die zu beobachtenden Widersprüche hinsichtlich der klassischen Theorie in Grundrechtsfragen einerseits und hinsichtlich der rechtsstaatlichen Apparatur andererseits sich insoweit auflösen, als damit den sozialen Entwicklungen und den Bedürfnissen des Industriesystems nachgegeben wird. Grund dafür ist in entscheidendem Maße, daß das Gericht Zusammenhänge zwischen der Würde und den Grundrechten nicht analysiert und nicht analysieren kann, wenn offenbleibt, was der Mensch und seine Würde sind. Deshalb, und nur deshalb, ist Lerche nicht zu widersprechen, wenn er die Beziehung zwischen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem der Menschenwürde als "Gang zu den Müttern" bezeichnet ¹⁾.

Diese Denkweise ist die des Bundesverfassungsgerichts und die, die dem Juristen (und anderen Geisteswissenschaftlern) vorgeworfen wird. Heigert ²⁾ schreibt, vielleicht ein wenig übertreibend: "Das akademisch gebildete Bürgertum hat es in Deutschland 150 Jahre lang versäumt, seinem Beruf nachzugehen. Sein Beruf wäre gewesen: die Vernunft zu gebrauchen, ... den kritischen Verstand in die Zukunft zu wenden. Die deutschen Studenten und Aka-

1) Lerche, 40.

2) Nach Steinbuch, 20.

demiker haben genau das Gegenteil gedacht und gelehrt: Unvernunft ... Kritikverzicht. Das haben vor allem die Geisteswissenschaftler getan, die Germanisten ... und auch die Juristen - weniger die Mediziner, kaum die Naturwissenschaftler. Aber diese letzteren überließen dafür das Feld der Volkserziehung ohne jede Intervention den akademischen Barden deutschen Geistes und deutscher Seele". Es kann nicht übersehen werden, daß diese Summa sich glänzend berufen kann auf das Verhältnis der überwiegenden Anzahl der deutschen Juristen zur nationalsozialistischen Herrschaft und in der Gegenwart auf die juristische Ausbildung, in extenso gerichtet auf die Dogmatik des Strafrechts, in keiner Sekunde aber z. B. auf die Psychologie eines Zeugen. So fertigt der Jurist, im Rahmen des Promotionsverfahrens, nicht etwa eine soziologische Analyse eines Urteils des Bundesarbeitsgerichts, sondern eine Exegese, die sich, beispielsweise, befaßt mit der mittelalterlichen "Friedelehe". Die Ansatzpunkte lassen sich mehren für eine Rechtfertigung der Heigertschen These. Doch soll hier genügen die Einordnung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in die kritisierte Tendenz: Das Gericht erklärt die Würde eines Menschen, seine Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung, zum "tragenden Verfassungsgrundsatz" und zum "obersten Rechtswert". Und beschäftigt sich mit den Bedingungen äußerer und/oder innerer Freiheit nicht mehr. Mit diesen Bedingungen aber beschäftigen sich Natur- und Sozialwissenschaften ³⁾. Das Selbstverständnis, das sich hierin kundtut, fand exemplarisch Ausdruck, als das Gericht zu klären hatte, was das "Gewissen" sei, von dem Art. 4 Abs. 3 GG spricht ⁴⁾. Das Gericht rekurrierte zum Zwecke der Interpretation des "Gewissens" auf den "allgemeinen Sprachgebrauch" (!), erklärte es zu einem "seelischen Phänomen" (!), das mit den Begriffen "bewußt" und "unbewußt" in Verbindung gebracht wird, und wies da-

3) Einige Ansätze sind erkennbar, wenn das BVerfG Gutachten über die tatsächlichen Verhältnisse einholt (vergl. etwa E 7, 385 f; 6, 399 ff).

Nur befassen sich diese Gutachten nicht mit den realen Bedingungen menschlicher Freiheit.

4) BVfGE 12, 54 f. BVfGE 23, 132/3 erkennt immerhin, daß das Gewissen mit "psychischen Zwängen" zusammenhängen kann.

rauf hin, daß auf die "theologischen und philosophischen Lehren" nicht eingegangen zu werden brauchte, da diese Lehren streitig seien und die Kompetenz des Richters überschritten.

Nun scheint die Annahme berechtigt, daß die Richter des Bundesverfassungsgerichts um die Beschäftigung der Psychologie und der Sozialpsychologie mit dem "Gewissen" wissen. Dennoch müssen sie der Ansicht gewesen sein, daß an solche "Lehren" nicht zu erinnern sei, anders als an die theologischen und philosophischen Lehren, die immerhin noch zu erwähnen waren. Und ohne zu erforschen, wie weit der Konsens der Psychologen zu den dynamischen, strukturellen und ökonomischen Gesichtspunkten des "seelischen Phänomens" Gewissen geht, in welchem Umfang deshalb an Stelle des traditionell geformten "allgemeinen Sprachgebrauchs" eine natur- und sozialwissenschaftlich abgesicherte Erkenntnis verwendbar ist, interpretiert das Gericht den Begriff des "Gewissens" mit vagen Assoziationen ⁵⁾. Damit hat das Gericht sich die Möglichkeit entgehen lassen - und vielleicht hat es das gewollt -, der Menschenwürde eine inhaltliche Aussage abzugewinnen, denn das Gericht selbst betont den engen Zusammenhang zwischen dem Gewissen und der Menschenwürde ⁶⁾. Aber aus dem von Heigert kritisierten Vorverständnis heraus hat das Gericht wohl zu starke Widerstände gegen eine Untersuchung der Frage, welche realen Voraussetzungen und Bezüge denn die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung hat. Dadurch kommt das Gericht nicht dazu, den Impuls zu finden und zu geben, der von Art. 1 Abs. 1 GG ausgeht.

Hierin besteht das eigentliche Problem.

Dabei dürfte der Ansatzpunkt allein in der Analyse der realen Personen zu ermitteln sein. Nur hierdurch kann es ermöglicht werden, die Begrenztheiten menschlicher Freiheit zu erkennen. Es gilt deshalb, die Sozialwissenschaften dem Recht fruchtbar zu machen ⁷⁾.

5) Kritisch hierzu auch Martin Klein, 147 ff.

6) Siehe insbesondere BVfGE 28, 263 f.

7) Das fordert Hüh, DVBl. 72, 66. Vgl. auch den Bericht in DOV 72, 93 f.

2. Hauptteil:

Tiefenpsychologie und die Würde des Menschen.

I. Der Mensch und die Angst

Die bisherigen Untersuchungen ergaben, daß "der Mensch" nicht davor bewahrt werden kann, ein konsumfreudiger Spezialist zu werden, nur noch an den Signalen der Umwelt sich orientierend, die ihrerseits ausgerichtet ist am Wachstumswunsch des ökonomischen Sektors, wenn es nicht gelingt, den Blick auf die Bedingungen zu wenden, unter den eigenverantwortliche Lebensgestaltung möglich ist, auf die hin deshalb eine staatliche Maßnahme auszuloten ist.

Im folgenden Teil der Arbeit wird deshalb der Versuch unternommen, von der Tiefenpsychologie aus, die Bedingungen aufzuzeigen, unter denen eigenverantwortliche Lebensgestaltung möglich ist und die im Triebleben einerseits und in der Organisation sozialen Lebens und seiner Zwänge andererseits zu finden sind. Damit soll ein Hinweis geliefert werden, der die Richtung andeutet, in die das Bundesverfassungsgericht denken müßte, wenn es beginnen wollte, die Würde des Menschen aufzuhellen, sich menschlichen Konflikten zuzuwenden und hierdurch einen Beitrag zu leisten zur Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse. Daß "der geisteswissenschaftliche Ansatz" hierzu nicht taugt, wurde schon gesagt. Es bleibt deshalb keine andere Wahl, als auf den Fundus experimentell abgesicherter Wissenschaft vom Menschen abzustellen.

Wenn auch gewiß ist, daß es "innerhalb der Tiefenpsychologie" noch "mannigfache Auseinandersetzungen" gibt, worauf Thomae hinweist ¹⁾, so ist ebensowenig zu bestreiten, daß "von der in den einzelnen tiefenpsychologischen Schulen zur Zeit heranwachsenden zweiten Generation "eine Verschmelzung" erwartet wird und sich bereits vollzieht ²⁾, daß es einen Fundus gemeinsamer Erkenntnis gibt ³⁾.

1) Thomae, 30.

2) Hofstätter, Lexikon, 299.

3) Zur Gefahr der "Zeitbedingtheit", der das Bundesverfassungsgericht ausgesetzt wäre, nimmt der Schluß der Arbeit Stellung.

a) Das Ich-Selbst.

In der modernen Gesellschaft wird der Mensch nicht mehr durch ein "An-Sich", sondern durch das bestimmt, was er tut ⁴⁾. Das kennzeichnet, daß er abhängig ist von einer irgendwie gearteten Einordnung in die Gesellschaft, daß von dieser Einordnung erst sich Individualität herleitet und daß er nicht "ein kleiner Wilder" ist, der Gesellschaft vorgegeben und von ihr nur eingeschränkt, wie es die Väter des Grundgesetzes bei ihrer Konstruktion der Grundrechte ebenso meinten wie Freud, als er den Grundstein der Tiefenpsychologie legte ⁵⁾. Der Mensch als Einzelner, als Individuum entstehe erst, indem er in die Gesellschaft hineinwächst, einen Standort in ihr findet, von dem her er die Welt versteht und diese ihn. "Das Ich ist ganz anders geartet als der eigentliche physiologische Organismus. Es besitzt eine Entwicklung; es ist nicht mit der Geburt vorhanden, sondern entsteht aus dem Prozeß sozialer Erfahrung und sozialen Handelns; d. h. es entwickelt sich im betreffenden Individuum als Ergebnis seiner Beziehungen zum sozialen Prozeß insgesamt und zu den anderen Individuen in diesem Prozeß" ⁶⁾.

Dieses "Ich-Selbst" ⁷⁾, das Ich, das das Selbst des Menschen erst konstituiert, ist nicht Ergebnis eines Zufalls, sondern einer individualpsychologischen Notwendigkeit, des schon genannten Bedürfnisses nach einer geordneten Umwelt, des kaum instinktregulierten Menschen. Der Mensch wächst in die Gesellschaft hinein, die ein System ist und deshalb "geordnete Umwelt", und stabilisiert sie hierdurch zugleich. Da es sich dabei um einen langwierigen und komplizierten Prozeß handelt, in den der Mensch jederzeit die Masse der Erfahrungen einbringt, die er schon machte, paßt er zugleich, ein wenig manchmal, manchmal auch mehr, das System sich an, so daß Veränderungen möglich werden,

4) Brown, 147.

5) Vgl. hierzu die Kritik von Bally, 30 f, 40, 76 f, 109; Erikson, 278.

6) Mead, 263.

7) Binswanger, nach Bally, 109.

in dem Maße, wie es dem sich Einpassenden gelingt, das Ich-Selbst, das schon geworden ist, gegenüber den Systemzwängen zur Geltung zu bringen. Das wiederum hängt an dem Niveau, das ein Ich-Selbst erreicht, und an seiner konkreten Artung, die die neuen Begegnungen mit dem "sozialen Prozeß" bestimmt. Keineswegs ist es so, wie Erikson für die Phase der Adoleszenz behauptet ⁸⁾: Hier wird das nunmehr geschlechtsreif gewordene und in seinen geistigen Funktionen fertige Individuum ... mehr oder weniger verzögert. Man kann diese Periode als eine psychosoziale Karenzzeit bezeichnen, während welcher der Mensch durch freies Rollen-Experimentieren sich in irgendeinem der Sektoren der Gesellschaft seinen Platz sucht, eine Nische, die fest umrissen und doch einzig für ihn gemacht ist. Dadurch gewinnt der junge Erwachsene das sichere Gefühl innerer und sozialer Kontinuität, das die Brücke bildet zwischen dem, was er als Kind war, und dem, was er nunmehr im Begriff ist zu werden; eine Brücke, die zugleich auch die Eigenart seiner Selbstwahrnehmung und sein 'Erkanntwerden' in der Gesellschaft bestimmt." Genauso muß die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gedeutet werden, die, wenn auch nicht mit so klarer Vorstellung, den Menschen, das Individuum, irgendwo zwischen totaler Vereinzelung und totaler Vergesellschaftung als "gemeinschaftsbezogenen" und "gemeinschaftsgebundenen" ansiedelt ⁹⁾ und Freiheit als dem Menschen kraft Mensch-Seins vorgegeben sieht. Beide Äußerungen gehen an dem Inhalt der "Gemeinschaftsbezogenheit" und "Gemeinschaftsgebundenheit" vorbei, der aus der Entstehung des Ich-Selbst, nicht Entgegen-Setzung von Individuum und sozialen Rollen (Erikson) oder Bürger und Staat bzw. organisierter Gesellschaft (Bundesverfassungsgericht) sein kann, sondern aus dem Miteinander-Verflochten-Sein und als Prozeß verstanden werden muß. Es wäre, bei einer solchen Auffassung, nicht möglich zu sagen, daß "der Mensch durch freies (!) Rollen-Experimentieren sich in irgendeinem (!) der Sektoren der Gesellschaft seinen Platz

8) Erikson, 277 f.

9) BVerfGE 4, 15 f. Interessanterweise spricht das Bundesverfassungsgericht übrigens nicht von "Gesellschaft", sondern von "Gemeinschaft"!

sucht". Die Rollen, die die Gesellschaft anbietet, sind in wesentlichen Zügen geprägt und sehr wenig von einem Menschen, der sie ausfüllt, zu verändern. Und es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß eine Rolle primär an dem Bedürfnis dessen ausgerichtet ist, der sie spielen soll.

Durch und durch problematisch aber ist das Wort Eriksons, wenn es vorgibt, daß ein Mensch "frei" sich die Nische suche oder suchen könne, die er "wolle", weil sie genau für ihn gemacht erscheint. Denn das setzt voraus, daß soziale Zwänge nicht auf den Suchenden wirken. Dem widerspricht allein das Faktum sozialer Strukturen, auf die schon verwiesen wurde.

Damit sind schon zwei Elemente in die Betrachtung gerückt, die von Bedeutung sind, wenn Art. 1 Abs. 1 GG gelesen wird als Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse. Die Gesellschaft sollte so organisiert sein, daß ein "freies Suchen" möglich ist, und so, daß die Rollen zunehmend nach dem Interesse derer gestaltet werden, die als Rollenträger und in deren sozialem Feld fungieren sollen. Das Letztere ist primär ein Problem gesellschaftlicher Toleranz, des Abbaus unnachgiebiger Erwartungen. Die Schwierigkeit nun besteht darin, daß Rollen und Strukturen nicht abzuschaffen sind, da das soziale System sie braucht zu seinem Bestand, zumal eine Gesellschaft von der Kompliziertheit und Komplexität der modernen Industriegesellschaft.

Es kann sich deshalb, von Art. 1 Abs. 1 GG her, nur um Modifizierung handeln, um einen Prozeß der Vermenschlichung. Doch bereits dieses Wenige ist mehr, als das Bundesverfassungsgericht zu geben bereit ist, wenn es das Menschliche über die abstrakte Formulierung der Menschenwürde ins "An-Sich", ins soziale Jenseits verlagert, christlicher Tradition folgend; "Die Gebundenen sollten durch Jesus gelöst werden, die Geschlagenen auferstehen - 'wo der Geist des Herrn ist, da ist Freiheit' (2. Kor. 3, 17). Daß diese nicht in einer objektiv-realen Weise angewandt werde, dazu ermahnt allerdings der Petrus-Brief deutlich: 'nicht als hättet ihr die Freiheit zum Deckel der Bosheit, sondern als die Knechte Gottes ! (1. Petr. 2, 16). Von Paulus

ab wandelt die Gemeinde grundsätzlich sozialkonservative Wege" 10). Die Parallele im Schicksal der Freiheit, das Bloch hier beklagt, zum Schicksal der Menschenwürde, die das Grundgesetz zum Ziel allen staatlichen Handelns erhob, ist erkennbar.

Eine Modifizierung des Rollensystems etwa wäre der Abbau von Erwartungen eines Oberstudiendirektors auf devotes Verhalten eines Studienrates, die diesem größere Freiheit geben und sein Ich-Selbst und damit sein Verhalten auch gegenüber Schülern verändern würde, indem der Studienrat vor Frustration bewahrt bliebe, die Unterwürfigkeit mit sich bringt und die, zur psychischen Entlastung, nach Abreaktion drängt. Das ist hinlänglich bekannt, aber über die Rechtsprechung, etwa in einem Prozeß um die Entlassung eines Studienrates, noch nicht aktiviert. Der Grund dafür: Solange die psychischen Prozesse dem Richter, auf Grund seiner schlechten (und vielleicht bald geänderten) Ausbildung und seines Desinteresses, verborgen sind, kann er auf sie nicht abstellen. In welchem Umfang deshalb die Rechtsprechung, vor allem in Arbeitssachen um den Begriff der "Unzumutbarkeit" bei fristloser Kündigung, den Menschen verkennt und verletzt, ist leicht vorstellbar.

Das Beispiel zeigt, konkret, den Zusammenhang zwischen den Rollenerwartungen und der sich an ihnen bildenden Persönlichkeit, dem Ich-Selbst, damit auch dem Selbstverständnis eines Menschen, und führt weiter zu der Frage, wovon denn die psychische Struktur, die sich bildet, der Verhaltensstil, der sich ausprägt, noch abhängt. Der Beantwortung dieser Frage wollen wir uns, auf einem Umweg, annähern.

10) Bloch, 54.

b) Die Angst als Signal der Ich-Selbst-Gefährdung.

Die Gesellschaft sollte so gestaltet werden, daß der Mensch in ihr sich frei seine "Nisch" suchen kann. Das wurde, als Zwischenergebnis, bezüglich der Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse, diese Forderung konkretisierend, festgestellt. Daß das Zwischenergebnis nicht ausreicht, folgt aus dem, was zur Entstehung des Ich-Selbst, in jedem Zeitpunkt seiend und werdend zugleich, gesagt wurde: Denn die Gesellschaft setzt sich immer zusammen aus einer großen Zahl solcher Ich-Selbst, ist deshalb nur änderbar über deren Änderung und ändert sich permanent.

Damit ist das Ich-Selbst des Menschen, das ja auch ein Seiendes ist, in seinem So-Sein, das von dem konkreten In-der-Welt-Sein her definiert ist, permanent gefährdet. In einer statischen Gesellschaft genügt es, durch einen einzigen Akt, einen Initiationsritus etwa, in ein neues Rollensystem, das des Erwachsenen, einzutreten, es zu übernehmen, anders als in einer sich erheblich wandelnden Gesellschaft. Als eine solche wurde die moderne Industriegesellschaft beschrieben. In ihr sind die Anforderungen an den Menschen in ständiger Änderung, d. h., daß die verbindlichen Gesellungsformen und Verhaltensweisen dauernd wieder verlorengehen, d. h., daß das Ich-Selbst dauernd gefährdet ist und der Anspruch auf eine geordnete Umwelt Modifikation erzwingt.

Auf Gefährdung des Ich-Selbst reagiert das Ich-Selbst durch das Angstsignal ¹¹⁾, in deren Gefolge dann das Ich-Selbst, sich schützend, reagiert ¹²⁾. Dabei hängt die Art der Reaktion von der Struktur der Psyche ab. Möglich sind dabei Reaktionen, die von einer wesentlich passiven Anpassung oder Akkomodation über eine rationale Änderung des Verhaltensstils bis zum zwanghaften Widerstand

11) Bally, 141 ff, 145; Sarnoff-Zimbardo, 133 ff (Zum Unterschied von Angst und Furcht).

12) Über die Schutzmechanismen: Brocher, 1159 f; auch Gehlen, 41 f. 46.

reichen, soweit nicht, im Wege der Regression, Fehlanpassungen entstehen und aus ihnen psychische Defekte und/oder somatische Störungen.

Wenn wir noch einmal zurückdenken und davon ausgehen, daß die Gesellschaft sich ändert, bedingt durch die technologische Explosion, dann ist die Veränderung des Verhaltensstils unausweichlich. Um dabei relativ angstfrei leben zu können, bedarf es der vorausschauenden Einsicht in die sozialen Änderungsprozesse und der frühzeitigen Einstellung auf sie. Denn die Stärke des Angsterlebnisses ist einerseits bedingt durch die Plötzlichkeit, mit der eine Verhaltensänderung erforderlich wird, und andererseits durch die Bedeutung, die die Elemente des Verhaltens, die es zu ändern gilt, für die Struktur des Ich-Selbst haben.

Voraus- und Einsicht aber hängen vor allem an dem geistigen und Willens-Niveau eines Menschen. Somit weist die Bildungsproblematik, deren Verknüpfung mit gesellschaftlichen Strukturen dargestellt wurde, weit hinaus über die Ausbildungs- und Berufschancen, mit der sie in der Diskussion überwiegend verknüpft wird, und in eine andere Tiefendimension, in die Psyche des Menschen, der, einer rapide sich ändernden Welt ausgesetzt, zunehmend unfähig wird, sie, die sich kompliziert, zu verstehen. Damit sinkt die Chance einer relativ angstfreien Anpassung, steigt die eines bloß angstlindernden Sich-Einduckens und Mitlaufens, um das Außerhalb-der-Gesellschaft-Zurückbleiben, das Allein-Sein und damit den Verlust des Ich-Selbst zu meiden.

Es ist durchaus zu bezweifeln, daß frühere Gesellschaften, d. h. die weit überwiegende Menge ihrer Mitglieder, mehr über sich und ihre Lage in der Gesellschaft, ihre Interdependenzen wußten als die gegenwärtige. Nur: In einer relativ konstanten Gesellschaft entsteht eben wenig Angst, mit der Folge, daß es der Fähigkeit, ihr durch Voraus- und Einsicht zu entgehen, nicht bedarf.

c) Ursprung bedrohlicher Erlebnisse.

1. Das Verhältnis des Ich-Selbst zur Außenwelt als Quelle der Angst.

In Verbindung mit dem Satz: Einer ist, was er tut, zeigt sich als einer der entscheidenden Orte der Angst das Arbeitsverhältnis, das der Mensch, immer mehr Spezialist, wie es dem Bedarf des ökonomischen Sektors entspricht, nicht mehr durchschaut. "Hat jemand das Gefühl, nur ein austauschbares ... Rad in der großen Maschine zu sein, hat er die übrigens berechnete Überzeugung, daß sie auch ohne ihn läuft, und bekommt er die Folgen seines Handelns gar nicht oder nur chiffriert als Zahlen und Kurven ... zu Gesicht, so muß der Sinn für Verantwortlichkeit in demselben Maße verengen, wie das Gefühl der Hilflosigkeit steigt"¹³⁾. Die Situation, in der der Mensch tatsächlich steht, ist prekär. Denn das Gefühl, in der Gesellschaft nicht fest verankert zu sein, das Gehlen hier beschreibt, korrespondiert mit der Gefahr des Ich-Selbst-Verlustes, mit dem Gefühl der Angst, wie es Kafka hellseherisch beschrieb, als Ausgeliefert-Sein an nicht begriffene Mächte. Das steht schon sehr nahe den Beispielen des Bundesverfassungsgerichts von Sklaverei, von Folter und Austreibung¹⁴⁾, die, von dem Moment des körperlichen Schmerzes, den zuzufügen schon Art. 2 Abs. 2 GG verbietet, abgesehen, als gemeinsamen Hintergrund die Ausgliederung aus der Gesellschaft haben, wie die Brandmarkung, den Verlust des Ich-Selbst. Insoweit wird das Gericht nicht überinterpretiert, wenn die Analyse das Frei-Sein von Angst als einigendes Band der Beispiele erbringt, wenn auch das Gericht, den Blick in die Seele des Menschen scheuend, die Angst sehr eng nur versteht, zu sehr nur aus der Rückschau auf die Ereignisse des Krieges und des Dritten Reiches. Doch: "Polter" muß nicht schmerzhaft sein. Und diese Erkenntnis führt weiter. Sie leitet über zu dem, was man

13) Gehlen, 45.

14) BVfGE 1, 104; auch Dürig, MDH, Rdnr. 30 zu Art. 1 Abs. 1 GG.

"Gehirnwäsche" nennt, jenem Instrument der Umerziehung des Menschen, d. h. der Bildung eines neuen, vom "Wäscher" gewünschten Ich-Selbst. Unerläßliche Voraussetzung der Umerziehung ist die Zerstörung der alten Kommunikationsstruktur eines Menschen, seines gewachsenen In-der-Welt-Seins. "Brainwashing will dem Menschen seine Würde nehmen, ... also das Bewußtsein vom eigenen Wert, vom Primat seines Verstandes über sein Handeln". Das ist nichts anderes als sein Ich-Selbst, die Voraussetzung seines Selbstverständnisses, ja dieses selbst, wodurch ein Leerraum entsteht, den zu füllen den Menschen der Trieb nach geordneter Umwelt drängt. Der Leerraum macht ihn bereit und bedürftig zur Einordnung, zu dem Welt- und Selbstverständnis, das der Umerziehende will.

Horn ¹⁵⁾ berichtet, daß, in einem amerikanischen Experiment, Studenten, nachdem sie nur zwölf Stunden in geräuschisolierten Dunkelzellen geblieben waren, "deutliche Dekompensationserscheinungen zeigten ... infantile Phantasien, Halluzinationen und Angstträume überschwemmten das Bewußtsein der Versuchspersonen, die dadurch vorbereitet wurden, neue Orientierungssysteme zu übernehmen". Den Grund für diese Erscheinungen, die, weil nur kurzfristig, folgenlos blieben, liefert die Versuchsanordnung, in die sie sich eingelebt hatten, abgeschnitten, aus der heraus ihr Ich-Selbst geformt war.

Nun kann, glücklicherweise, die Situation "des" Menschen in der modernen Industriegesellschaft nicht gleichgesetzt werden mit der der Opfer einer Gehirnwäsche in einem Gefängnis oder Lager. In einer wichtigen Beziehung aber besteht, in der Tendenz, eine Ähnlichkeit: Der Mensch ¹⁶⁾ in der modernen Industriegesellschaft versteht nicht mehr, was um ihn herum vor sich geht und was mit ihm geschieht. Er wird zwar nicht, wie ein Häftling, von seinen Bezugsgruppen isoliert, aber immerhin, mit ihnen zusammen, vom Wissen getrennt. Er lebt deshalb, wie sie, ohne eine Kommunikation, die ihn mit gesamtgesellschaftlichen Entwicklun-

15) Horn, 71.

16) Von welchem Menschen die Rede ist, wird noch untersucht.

gen verbindet und dadurch die Möglichkeit eröffnet, das Ich-Selbst relativ angstfrei durchzuhalten oder anzupassen an Veränderungen in seiner Umwelt. Sein Angewiesensein auf Informationssysteme zweiter Hand macht ihn von den Informanten und ihrem Interesse abhängig ¹⁷⁾. In welchem Umfang deshalb Demokratie zu funktionieren vermag, sei, in diesem Zusammenhang, fragend und zweifelnd, nur angemerkt.

Wesentlich erscheint, daß der Mensch, wenn er nicht weiß, wie die Gesellschaft sich entfaltet, und deshalb Alternativen nicht erkennt, Gesellschaftliches als Quasi-Naturgeschehen erlebt, dem er sich einzufügen hat, wenn er Befriedigung der Bedürfnisse will, die auch zu seinem Ich-Selbst gehören, zu seinem gewordenen Verhaltensstil "gegenüber" der Gesellschaft. "Die Komplexität der Staaten mit sprunghaft sich vermehrender, in industriellen Standorten geballter Bevölkerung verlangt ein ungewöhnliches Maß an Triebverzicht, ohne diese Leistung (gibt es) keine 'Verwöhnung' mit Konsumgütern" ¹⁸⁾, wobei hier unerörtert bleiben kann das Verhältnis von Triebverzicht zu den Anpassungszwängen. Jeder Eingriff in dieses Quasi-Naturgeschehen gefährdet nun, subjektiv gesehen, die Sicherheit der gewohnten Befriedigungserlebnisse und damit das Ich-Selbst, das, auf niedrigem Niveau mangels Verständnisses, sich anpaßt, besser noch: sich akkomodiert, im Sinne irrationaler, primitiver Folgsamkeit ¹⁹⁾, zum Zwecke der Angstlinderung, die, ohne Information, unausgewogen und oberflächlich bleibt.

Ein Ich-Selbst, das so reagiert, ohne Vernunft, ist schwach, jeder neuen Veränderung erneut ausgeliefert und nicht fähig, Angst dauerhaft zu domestizieren. Daß es mit heftiger Angst reagiert, wenn der Versuch unternommen wird, das Quasi-Naturgeschehen zu verändern, die

17) Gehlen, 47 ff.

18) Mitscherlich, Die Unfähigkeit, 342 f.

19) Mitscherlich, Aggression, 109. Die Psychoanalyse erfaßt diesen Vorgang mit dem Begriff der "primärprozeßhaften" Reaktion, vgl. Bally, 72 ff.

Gesellschaft zu reformieren, hat sich sehr deutlich gezeigt, als die ApO versuchte, in der Arbeiterschaft eine "Massenbasis" zu schaffen. Die ApO hatte nämlich die psychodynamischen Zusammenhänge zwischen Angst und Aggressivität übersehen, vor allem die Auswechselbarkeit von Angst und Aggression²⁰⁾: Die Angst schlug um, und die ApO wurde geschlagen.

Die Unkenntnis von dem gesellschaftlichen Geschehen vermittelt deshalb eine Ambivalenz ihm gegenüber. Einerseits entsteht Angst allein daraus, daß die Gesellschaft sich wandelt. Indem aber der Mensch sich bedingungslos in den gesellschaftlichen Prozeß einfügt, gelingt ihm eine oberflächliche Angstlinderung, die sich etwa auswirkt in einem vorsätzlichen Nein zu politischer Information²¹⁾, auch in dem Bedürfnis nach Vater-Figuren als Lenker der Politik, von denen alles allein gemacht wird, damit es "den Kindern" nur gut geht. Dazu gehört schließlich die Neigung, die Politik zu personifizieren, als Voraussetzung eines Sich-Verlassens auf einen Vater. Deshalb reagiert der Mensch sehr heftig, wenn diese seine Einordnung, sein Ich-Selbst primitiven Niveaus²²⁾, gestört wird durch Aufklärung, durch Hinweise auf Sachstrukturen, die in eine durchaus gefährdende Richtung drängen.

Diesen allgemeinen Erörterungen gilt es, in den Fakten gesellschaftlichen Lebens, nachzuspüren. Doch vorher bedarf es eines Blickes auf die andere Quelle der Angst, das Triebleben als der zweiten "Außenwelt" des Ich-Selbst, durch das es bedroht wird.

2. Das Verhältnis des Ich-Selbst zum Triebleben als Quelle der Angst.

Nach den Erkenntnissen der Tiefenpsychologie kann nicht mehr bestritten werden, daß es ein Triebleben des Menschen gibt und daß es mit seinen Ansprüchen auf das Ich-Selbst einwirkt, ihm entweder Kraft entziehend zur Absicherung

20) Mitscherlich, Die Unfähigkeit, 263.

21) Vgl. die Untersuchungen von Jaide, "Der Spiegel", 50/69, S. 73 ff.

22) so auch Gehlen, 46.

der Ich-Selbst-Struktur gegen nicht zugelassene Triebansprüche, oder das Ich-Selbst-mit-wägend, soweit Ansprüche in der konkreten gesellschaftlichen Situation Befriedigung erwarten können. Aus dem Entstehungsprozeß des Ich-Selbst ist erkennbar, inwiefern eine Annahme, die sich zunächst aufdrängen mag, sich als falsch erweist, die Annahme nämlich, daß das Recht, als Regulans äußeren Verhaltens, sich nicht beziehen kann auf das Innenleben des Menschen: "Wie es drinnen aussieht, geht niemand", am wenigsten: das Recht, etwas an!".

Denn die Triebansprüche sind in ihrer Befriedigung abhängig von der gesellschaftlichen Situation. Diese kann in höherem Maße triebunterdrückend, "repressiv", sein oder auch in schwächerem. Objektiv sind nur äußerste Grenzen bestimmbar. Alles andere ist eine Frage des Maßes. Auf der einen Seite kann Gesellschaft nicht existieren ohne Triebverzicht des Menschen, ist Triebverzicht Voraussetzung jedweder Kulturtat ²³⁾. Für die Erhaltung des Individuums und für die Fortpflanzung der Art sind die geistigen Interessen ohne Bedeutung; ungemein wichtig, unerläßlich aber sind sie für den kulturellen Fortschritt der Menschheit. Energie erhält ein geistiges Interesse nur aus der Vitalsphäre der menschlichen Psyche, so daß sich das Problem stellt, wie denn solche Energie aus der primären Verkettung mit dem Leib abgezweigt werden kann für das "kulturelle Leben". Das ist es, was Sublimierung meint.

Auf der anderen Seite bedarf der Mensch eines gewissen Maßes an Triebbefriedigung, und sei sie nur halluzinatorisch. Ohne die Möglichkeit zu träumen, etwa, wird der Mensch verrückt ²⁴⁾. Zwischen diesen beiden Grenzen steckt

23) Bally, 56; Freud, 94; Galbraith, 304.

24) Bally, 134. Hierher gehören auch die Dekompensationserscheinungen, die in Reihenuntersuchungen an den ehemaligen KZ-Insassen festgestellt wurden. Hier hatte es sich jedoch nicht um die Unterbindung halluzinatorischer, sondern realer Triebbefriedigung gehandelt.

das Problem ²⁵⁾, für den Menschen deshalb so bedeutsam, weil aus dem Verhaltensstil allgemein abgewiesene und nicht anders, etwa über eine Sublimierung, befriedigte Wünsche des Ich-Selbst des Menschen bedrohen, Angst erzeugen, die als "sozialisierende Angst" zu kennzeichnen ist, soweit mit gesellschaftlichem Leben unverträgliche Triebansprüche sie zeugen.

Aufgabe des Rechts und der Rechtsprechung aber ist, Angst abzubauen, wo Triebunterdrückung gesellschaftlicher Notwendigkeit nicht mehr entspricht, weil Angst den Menschen, sein Ich-Selbst, bedroht. Doch darauf wird später zurückzukommen sein. Ort der Auseinandersetzung wird das "Sittengesetz" sein. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Problem in seiner "Homosexuellen-Entscheidung" ²⁶⁾ nicht erkannt, wo es, durchaus vordergründig, auf soziale Begleiterscheinungen homosexueller Subkulturen abstellte, die erst die Folge sozialer und rechtlicher Repression waren, die deshalb bei der Prüfung der Zulässigkeit der Repression nicht ausschlaggebend sein konnten. Das Gericht hat eine emanzipatorische Tat nicht getan, die der Gesetzgeber in der Zwischenzeit nachgeholt hat, hierdurch die Möglichkeit schaffend für eine Erhöhung gesellschaftlicher Toleranz. Ein ähnliches Problem kommt auf das Gericht zu, wenn es eines Tages zu befinden hat über die Frage, ob der Konsum von Cannabis eine Strafe rechtfertigen kann. Es darf angemerkt werden, daß gerade in solchen Fragen sich zeigt, wie wenig die Willkür-Formel auf die eigentlichen Probleme menschlicher Freiheit bezogen ist und für sie herzugeben vermag.

Dem Gericht ist zuzugestehen, daß die Frage sehr schwer beantwortet werden kann, wann eine Repression gesellschaftlich notwendig ist und wann nicht. Die Forderung, sie den-

25) Hierzu allgemein: Habermas, 332 ff. Von dem Phänomen der Bürokratisierung mit ihrem hohen Maß an Triebunter-sagung herkommend stößt Dahrendorf, Sozialismus oder Liberalismus ? "Zeit" vom 21.11.69, S. 61, auf dasselbe Problem, wenn er mit der Bürokratisierung Hippie-Kul-turen in Verbindung bringt.

26) BVfGE 4, 15.

noch zu stellen, ist vertretbar nur, weil das Gericht sich in jedem Fall Gutachter holen kann. Unvertretbar dagegen erscheint die Berufung auf das, was gesellschaftlich üblich ist, auf das gesunde Volksempfinden oder ähnliche Instanzen. Das Grundgesetz selbst nämlich schneidet diese Berufung ab, wie die Abschaffung der Todesstrafe, die seit jeher Ort kollektiver und institutionalisierter Aggression ist ²⁷⁾, und vor allem der Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG zeigen, der nicht geschaffen wurde, weil er Selbstverständlichkeiten normiert, sondern weil die Verfassung will, daß sich hier Selbstverständlichkeiten bilden.

27) Hofstätter, Sozialpsychologie, 61, macht auf "eines der merkwürdigsten Tabu" aufmerksam: "Niemand - am wenigsten er selbst - darf Hand an (den zu Tode Verurteilten) legen". Die Gesellschaft will sich ihr aggressives Lusterlebnis nicht nehmen lassen.

II. Der Umkreis der Angst.

Angst als Reaktion des Ich, des Zentrums geistigen Lebens, der Vernunft und der Willenskraft, auf eine Gefährdung des Ich-Selbst, des geprägten Verhaltensstils, des konkreten In-der-Welt-Seins des Menschen, hat zwei Quellen, die Gesellschaft und ihre Wandlungen auf der einen und das Triebleben auf der anderen Seite.

Das Triebleben als Quelle der Angst ist jedem Menschen eigen; dagegen ist die andere Quelle (der Angst) darin, wie stark sie Angst produziert, abhängig von der Struktur des Ich-Selbst, vor allem von der Fähigkeit zur Voraussicht und zur Einsicht in soziale Prozesse, von der Fähigkeit, "synthetische Ich-Leistungen" ²⁸⁾ zu erbringen, d. h. Fremdes (von innen und außen) zu assimilieren, in Widersprüchen zu vermitteln und geistige Produktivität in Gang zu setzen, Einsicht in die Dinge und zu den Elementen des Verhaltens (des eigenen und des fremden) eine gewisse Distanz zu haben.

Gemessen an den gesellschaftlichen Entwicklungen, an ihrer Kompliziertheit und ihren Interdependenzen, dürfte diese Fähigkeit zu synthetischen Ich-Leistungen nicht sehr verbreitet sein, was umgekehrt darauf schließen läßt, daß die Steuerung des Verhaltens überwiegend durch Angst mit darauf folgender, mehr passiver Anpassung erfolgen dürfte.

Es ist anzumerken, und enthüllt zugleich ein Indiz für diesen Schluß, daß Angstabwehr seelische Energien bindet und der Entwicklung seelischen Lebens entzieht und, sozialpsychologisch, zu einer Verkümmernng politischen Geistes führt oder ihr korrespondiert. Ein solcher politischer Immobilismus trotz Kenntnis um das, was sich entwickelt, kennzeichnet alle modernen Industriegesellschaften (diesseits und jenseits des Atlantiks). Der Grund dafür ist in der Komplizierung der Verhältnisse zu sehen, ihrer Unübersehbarkeit, die Verantwortlichkeiten

28) Zur Herkunft dieses Begriffes: Horn, 72.

auflöst ²⁹⁾ und Desinteresse stiftet. Den Vorwurf, dieses Faktum nicht ausreichend gewürdigt zu haben, muß sich im übrigen Mitscherlich gefallen lassen, der den politischen Immobilismus einseitig auf die mangelhafte Verarbeitung der nationalsozialistischen Vergangenheit zurückführt. Ein Blick etwa auf die gesellschaftlichen Verhältnisse in Frankreich nimmt seiner These ³⁰⁾ die überzeugende Kraft.

Das Fehlen von Verständnis, der ersten Voraussetzung synthetischer Ich-Leistungen, ist nicht auf die Unterschichten beschränkt, die zusammen fast 50 % der Bevölkerung ausmachen dürften ³¹⁾ und denen schon vom Sprachstil her, in den sie hineinwachsen, die Möglichkeit genommen ist, mehr als ihre unmittelbar erfahrene Umwelt zu verstehen. So hat Bernstein ³²⁾ in sprachpsychologischen Untersuchungen nachgewiesen, daß der Sprachstil der Unterschichten nicht individuell, sondern subkulturell festgelegt ist, daß ihre Sprache "öffentliche Sprache" ist, in ihrer Undifferenziertheit untauglich, individuelle Gefühle zu formulieren, damit individuelle Entfaltung zu ermöglichen und Allgemeineres, gesellschaftliche Zusammenhänge zu vermitteln. Das spiegelt sich in der Undifferenziertheit der "Volkskunst" und bewirkt, daß die Angehörigen der Unterschichten unter anderem im Bereich allgemeiner gesellschaftlicher Prozesse, von denen ihr Sein bestimmt ist, "sprachlos" sind. Da Denken von der Sprache abhängt, durch sie bedingt ist ³³⁾, muß es schwach entwickelt bleiben und auf die unmittelbare Umwelt beschränkt, wenn bereits der Sprachstil diesen Beschränkungen unterliegt.

Doch scheint sich der Umkreis des Unverständnisses dadurch noch nicht zu schließen. Dafür sprechen die Beobachtungen Riesmans und seiner Mitarbeiter über den "außen-

29) Horn, 75 f.

30) Vorgetragen in: Die Unfähigkeit zu trauern.

31) Vgl. den von Scheuch und Daheim, bei Hofstätter, Sozialpsychologie, 407, Fußnote 1, beschriebenen "Index der sozialen Schicht".

32) Bernstein, 346 ff.

33) Bally, 84 ff.

geleiteten Typus" ³⁴⁾, der im "Großstadtbewohner des heutigen amerikanischen Mittelstandes" verkörpert ist und der Verhaltenskonformität erreicht "durch außergewöhnliche Empfangs- und Folgebereitschaft, die er für die Handlungen und Wünsche anderer aufbringt". Ihm kommt es nicht so sehr "auf Angleichung in Äußerlichkeiten als vielmehr in den inneren Erfahrungs- und Erlebnisgehalten" an. Daß heißt, daß auch in den Mittelschichten, auf die der Begriff "Mittelstand" wohl verweist, sich Differenziertheit ab- und kollektive Empfindungsweise aufbaut, was, entsprechend dem vorher Gesagten, in engem Zusammenhang steht mit Abbau an Ich-Funktion, wodurch der Ansatzpunkt für Ängste gegeben wäre. Insoweit vollzieht sich ein Prozeß der Angleichung von Mittelschichten- an Unterschichtenverhalten. "Das Prinzip der Außenleitung ist in der 'zivilisierten' Welt vorherrschend geworden" ³⁵⁾. Dementsprechend hat Riesman festgestellt, daß die Kontrolle konformen Verhaltens wesentlich über "diffuse Angst" erfolgt ³⁶⁾, was nichts anderes enthüllt, als daß auch in den Mittelschichten das gesicherte In-der-Welt-Sein verloren oder abgebaut ist.

Dafür entwickelt sich ein Glaube an "Sachzwänge", eine Fetischisierung derselben, individualpsychologisch begreifbar als ein sich Einbetten in eine Welt, die man nicht mehr versteht und in die man die ersehnte Klarheit und Stabilität hineindenkt, wenn "Sachzwänge" als sie beherrschend angegeben werden. Gegen Sachzwänge kann ja nichts unternommen werden, denn sie "zwingen". Das entspricht dem Gefühl der Unterschichten, die den gesellschaftlichen Prozeß als Quasi-Naturgeschehen erleben. Alternativen könnten dann nur einen solchen Prozeß zerstören, der, wenn auch nicht erkennbar, irgendwie vorgegeben ist; sie sind daher abzuweisen.

Der Glaube an Sachzwänge wird somit ein ideologisches Konzept überwiegender Bevölkerungsanteile zur Linderung der

34) Riesman, 35 ff.

35) Hofstätter, Sozialpsychologie, 80.

36) Riesman, 41.

Angst. Es wird durch sie das konkrete In-der-Welt-Sein, das unverständlich geworden ist, vordergründig abgesichert. Oder, wie Horn im Zusammenhang mit der Natur der Gratifikationen, die das System gewährt, ausführt ³⁷⁾: "Die technologische Lösung sozialer Konflikte erscheint als der Versuch der Ritualisierung süchtiger Lust und hat die Aufgabe, archaische Ängste zu übertönen". Diese Form der Angstabwehr erfolgt auf niedrigem Niveau, wenig haltbar, denn sie ist ungeeignet, dauerhafte und konfliktfreie Mensch-Umwelt-Beziehungen zu konstituieren: Sie vermittelt über Zwang, der in den Dingen liegt, das Gefühl der Ohnmacht und des Ausgeliefert-Seins, das jede Anpassung begleitet ³⁸⁾.

Die Lebenshaltung, die hier beschrieben ist, entspricht nun idealiter den Wünschen des ökonomischen Sektors. Das Angewiesen-Sein auf Außenweltsignale zur Steuerung äußeren Verhaltens und der Erlebnisweisen macht den Menschen offen für die Signale der Werbung, eröffnet die Möglichkeit, Verhalten zu steuern nach den Wünschen der Produzenten: Die Haltung des außergeleiteten Menschen ist die Haltung des Konsumenten ³⁹⁾, und die Tatsache, daß diese Haltung in der zivilisierten Welt vorherrschend geworden ist, zeigt an, daß das ökonomische System sein Ziel, den konsumwilligen Menschen, schon erreicht hat.

37) Horn, 78.

38) Psychoanalytisch gesehen, verweist dieses Macht-Ohnmacht-Denken auf die infantile Lebenssituation und deutet damit auf unterentwickelte Ich-Funktionen.

39) Gehlen, 46.

III. Niveauerhöhung des Ich-Selbst als Mittel der Angstabwehr.

Es wurde die Vermutung geäußert, daß das Bild des Menschen, den der ökonomische Sektor will, dem des Grundgesetzes widerspricht, der, nach dem Bundesverfassungsgericht, vor allem durch die Fähigkeit sich auszeichnet, sein Leben eigenverantwortlich zu gestalten. Inzwischen hat sich herausgestellt, daß die psychische Struktur der weit überwiegenden Anzahl der Angehörigen der modernen Industriegesellschaft so ausgelegt ist, daß sie gerade nicht ihr Leben eigenverantwortlich zu gestalten vermögen, daß sie vielmehr durch Angsterlebnisse und zur Vermeidung der Angst dazu gezwungen werden sich anzupassen.

Es taucht deshalb die Frage auf, wie denn ein Ich-Selbst strukturiert sein müßte, das den Menschen fähig macht, sein Leben in höherem Maße selbst zu gestalten. Einige Elemente der Antwort, die wesentlichen, sind schon angeklungen. Sie haben ihren Ausgang in der Feststellung, daß die Existenz des Ich-Selbst, eine Notwendigkeit des Menschseins, nichts aussagt über die Struktur desselben, über die Anteile rationaler und irrationaler Verhaltensweisen, über seine Reaktionen auf äußere und innere Reize, kurz: über sein Niveau oder seine "Reife" ⁴⁰⁾.

Ein Ich-Selbst hohen Niveaus oder ein "reifes" Ich-Selbst wird charakterisiert durch die Fähigkeit zu kritischer Reflexion, die eine intensive Ausbildung voraussetzt, und die Fähigkeit zu (relativ) eigenständiger Entscheidung, die eine gewisse Distanz zur Außenwelt und zum eigenen Verhaltensstil voraussetzt, eine Toleranz, die menschliche Möglichkeiten als vielfältig erkennt, soziale Normen als gesetzt, mithin veränderbar, zumindest in ihrer großen Masse. Von besonderer Bedeutung für das "reife" Ich-Selbst ist eine beachtliche Unlusttoleranz, das ist die Fähigkeit, Triebansprüche, die Ich-Selbst-konform sind, über längere Zeit aufrechtzuerhalten und auf ihre Befriedigung hinzuwirken. Dahinter verbirgt sich zum einen die Fähigkeit zu vorausschauender Lebensplanung, zur Gestaltung von Umwelt und Ich-Selbst auf ein längerfristiges Ziel hin, und,

40) Dieses Bild verwendet Mitscherlich, Die Unfähigkeit, 278.

im politischen Raum, zur Reform. Zum anderen ermöglicht hohe Unlusttoleranz, Triebansprüchen "in's Auge" zu sehen, ihre Folgen denkend zu antezipieren und diesen Prozeß des Denkens auch bis zur Ich-Selbst-Gefährdung, d. h. bis zum Angstsignal ablaufen zu lassen, denn antezipierendes Denken ist Probehandeln, innerpsychische Realität fast wie reale Handlung⁴¹⁾. Das heißt, daß ein reifes Ich auch imstande sein muß, ein gewisses Maß an Angst zu ertragen, im Denken gezeugt, um ihr in der Realität zu entgehen. Dazu bedarf es der hochentwickelten Verarbeitungsmechanismen, die als "synthetische Ich-Leistungen" beschrieben wurden und den primitiven Abwehrformen wie Verleugnung (von Reizen der Außenwelt) und Verdrängung (von inneren Reizen) entgegengesetzt sind⁴²⁾.

41) Bally, 146.

42) Entsprechend, aus der Sicht des Psychoanalytikers, Mitscherlich, Die Unfähigkeit, 287.

IV. Das "reife" Ich-Selbst als Forderung des Art. 1 I GG.

Art. 1 Abs. 1 GG fordert Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse, d. h. solcher Verhältnisse, die es dem Menschen möglich machen, sein Leben eigenverantwortlich zu lenken, wobei das naturhaft Gesellschaftsbezogene des Menschen, der ja erst im mitweltlichen Kontakt sich strukturiert, den Inhalt der "Eigenverantwortlichkeit" angemessen relativiert. Diese Fähigkeit ist nur einem reifen Ich-Selbst möglich, weil ein solches relativ angstfrei zu leben vermag. Damit ergibt sich als Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1 GG die Forderung nach Schaffung von Verhältnissen, in denen der Mensch möglichst angstfrei leben kann, d. h. nach Schaffung von Voraussetzungen, unter denen ein reifes Ich-Selbst sich entwickeln kann. Ob es sich entwickelt, ist dann keine Frage des Rechts.

Anfänglich war die Ausgliederung des Menschen aus seinem In-der-Welt-Sein, wie es sich entwickelt hatte, als eine Zerstörung oder Gefährdung des Ich-Selbst gedeutet und als Hintergrund der Beispiele des Bundesverfassungsgerichts ⁴³⁾ interpretiert worden. Es wäre auch möglich gewesen zu sagen, daß menschenwürdig nur ein Leben ohne Angst sein könne. Aber es wäre dann der Zusammenhang mit der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung ebenso undeutlich geblieben wie der Umfang der Forderung. Denn nur tiefenpsychologisch sind die Verbindungslinien aufzuhehlen, die Angst und menschliche Handlungen verbinden.

Die Angst ist ein Zustand seelischen Aufruhrs ⁴⁴⁾, von unterschiedlicher Stärke zwar, aber immer, der Stärke reziprok, mit menschlicher Re-Aktion verknüpft, dem menschlichen Geist und seinem Willen nur Raum gebend bei geringerem Stärkegrad, sonst panisch entsetzend oder gar lähmend. Je mehr "die Angstentwicklung auf ein bloßes Signal beschränkt werden kann, desto mehr verwendet das Ich auf Abwehraktionen, ... desto eher

43) BVfGE 1, 104.

44) Pfister, 14, beschreibt ihn treffend.

nähert sich auch der Vorgang einer normalen Verarbeitung an, gewiß ohne sie zu erreichen" 45).

Und die Beschränkung der Angst auf ein Signal erfolgt im antezipierenden Denken, wodurch der Seele Kraft verbleibt zur Entwicklung von Alternativen, zu eigenem Denken und eigener Tat. Das unterscheidet die Angst von anderen Affekten, die auch eine Veränderung in der gewohnten Verteilung psychischer Energien bewirken, aber nicht Ziellosigkeit, sondern im Gegenteil, wie etwa am Zorn erkennbar, Ausrichtung auf ein Ziel, das kurzfristig, bis zu seiner Erreichung oder zum Abklingen der Erregung, andere verdrängen kann, aber sie hinterher unverändert wieder zur Geltung kommen läßt. Angst dagegen zwingt zu einer Veränderung des Verhaltens, ist Ausdruck eines Widerspruchs zwischen gewohntem Verhaltensstil und den Anforderungen der Außen- oder Innenwelt, wobei die letzte Möglichkeit anzeigt, daß Angst sich entwickeln kann, wenn Affekte wie Zorn sich zeigen.

Die Sonderstellung der Angst zeigt, warum der Existenzialismus, jedenfalls insoweit psychologisch begründet, ihr eine Sonderstellung einräumt. Denn sie verweist in der Tat auf eine Besonderheit menschlichen Seins, in der die Würde des Menschen, seine Einmaligkeit, ruht. Da sie zum "obersten Wert" staatlicher Tätigkeit erhoben wurde, da "der Mensch nicht um des Staates willen da (ist), sondern der Staat ausschließlich um des Menschen willen" 46), ist die Richtung staatlichen Tuns "endgültig" fixiert. Es hat sich zu richten auf die Schaffung von Verhältnissen, in denen der Bürger relativ angstfrei leben kann. Das "relativ" folgt dabei aus der Erkenntnis, daß technologisch bedingte Entwicklungen weitergehen sollen und werden, vielleicht bis hin zur Abschaffung von menschlicher Arbeit, und daß jede Gesellschaft bestimmten Wünschen sich versagen muß. Das wird exemplarisch deutlich am Inzestverbot: "Die Beachtung dieser Schranke ist vor

45) Freud, nach Bally, 145.

46) Stein.

allem eine Kulturforderung der Gesellschaft, welche sich durch die Aufzehrung von Interessen durch die Familie wehren muß, die sie für die Herstellung höherer sozialer Einheiten braucht und darum mit allen Mitteln dahin wirkt, bei jedem Einzelnen, speziell beim Jüngling, den in der Kindheit allein maßgebenden Zusammenhang mit seiner Familie zu lockern" 47).

Diese frühe Erkenntnis Freuds ist voll bestätigt worden. Das "Sozialisierungssagens" Familie befindet sich weltweit verknüpft mit dem Inzesttabu 48). Es muß deshalb noch einmal betont werden, daß Art. 1 Abs. 1 GG eine Forderung ist, immer weiter sich vorzutasten, bis hin zu den in jeder Gesellschaft und bei jedem erreichten Zustand der Gesellschaft verschiedenen Grenzen menschlicher Möglichkeiten 49).

47) Freud, 94.

48) Lévi-Strauss, bei Bally, 49; auch Heinetz, Soziologie, 221.

49) Habermas, 334; ähnlich Mitscherlich, Die Unfähigkeit, 286.

- V. Einige Gedanken dazu, wie die so verstandene Menschenwürde in der Rechtsprechung zur Geltung gebracht werden kann.

Es dürfte schon deutlich geworden sein, daß Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sie, wie hier vorgeschlagen, "restriktiv" ausgelegt werden, nicht selten ein Judiz über die Menschenwürde gestatten werden. Denn jede Verfassungsbeschwerde, die auf die Verletzung dieser Grundrechte gestützt ist, würde das Gericht zwingen, zumindest über die Randzonen von Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG Auskunft zu geben, um damit die Verfassungsbeschwerde verwerfen zu können. Art. 1 Abs. 1 GG aber ist die Norm, die zu diesem Zwecke als auslegungsleitende Regel fruchtbar gemacht werden müßte. Die einzelnen Grundrechte würden als auf bestimmte Gefahrenlagen zugeschnittener Ausprägungen der Menschenwürde gedacht ¹⁾. Der Systemzusammenhang zwischen dem obersten Rechtswert und den Normen des Grundrechtskataloges wäre hergestellt, ohne daß damit die Grundrechte untereinander als ein zusammenhängendes System vorausgesetzt würden ²⁾. Die Verfassung bleibt insoweit offen, als sie je neue Antworten auf soziologische Wandlungsprozesse verlangt. Letzteres ermöglicht allerdings auch die Ansicht des BVfG und der überwiegenden Meinung in der Literatur, die von der prinzipiellen Endlosigkeit von Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG ausgehen, wenn dadurch auch der Zugang zu Art. 1 Abs. 1 GG verschüttet wird. Als auf die gesellschaftlichen Verhältnisse bezogenes Angstlinierungsgebot kommt der oberste Rechtswert dabei nicht in Sicht; wodurch etwa die Unsicherheit des BVfG bei der Bestimmung des materiellen Gehaltes der Menschenwürde zu erklären ist ³⁾. Es ist ohne weiteres einsehbar, daß das Ver-

1) S. a. Böckenförde, 36.

2) Eine andere Frage ist, ob dennoch die Verfassung als Ganzes zu einer auf Harmonisierung der verschiedenen Normen im Wege der Auslegung verpflichtet. Das ist mit Scheuner, 95, zu bejahen.

3) Siehe etwa BVfG JZ 71, 174 ("Abhör"-Entscheidung), auf der einen und BVfGE 28, 323, auf der anderen Seite.

bot von Sammlungsaktionen die Menschenwürde kaum beeinträchtigen würde. Das Gericht kann deshalb die Verbindung zwischen seiner weit gefaßten Freiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und der Menschenwürde nicht herstellen, ohne sich vor der Notwendigkeit wiederzufinden, zwischen Freiheiten zu unterscheiden, die auf Art. 1 Abs. 1 GG bezogen sind, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, ein Vorgang, der bei Art. 4 GG ohne weiteres möglich ist ⁴⁾. Wenn das Gericht bei Art. 2 Abs. 1 GG derart verfahren wollte, müßte es sich entgegenhalten, daß irgend ein Anhaltspunkt für eine Zweiteilung der Freiheiten aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht ersichtlich ist ⁵⁾. Man kann deshalb sagen, daß sich das BVfG ein konstruktive Verständnis des Art. 1 Abs. 1 GG zumindest sehr erschwert hat.

Die Auswirkungen des hier vorgeschlagenen Verständnisses dürften sich vor allem in der Organisation des Bildungs- und Informationssektors zeigen. Zu dem ersten Bereich haben Heymann und Stein einen großangelegten interpretatorischen Versuch gemacht ⁶⁾. An ihm sind nicht so sehr die Konsequenzen im einzelnen bedeutsam, die, so scheint es, die selbstgesteckte Grenze der "eindeutigen Konkretisierung der maßgebenden Verfassungsbestimmungen" ⁷⁾ wohl an einigen Stellen überschreiten ⁸⁾. Beachtlich erscheint vielmehr der letztlich aus Art. 1 Abs. 1 GG begründete Versuch einer Neubestimmung des Art. 7 Abs. 1 GG, den sich die h. M. dadurch unmöglich gemacht hat, daß sie die Grundrechtsbestimmung historisch und deshalb als reine Organisationsnorm interpretierte ⁹⁾, derart, daß die Grundrechtsnorm

4) BVfGE 28, 263 f.

5) Der Versuch Dürigs, MDH, RdNr. 8 zu Art. 1 Abs. 1 GG, mit Art. 19 Abs. 2 GG zu helfen, überspannt wohl den Sinn dieser Bestimmung. Vgl. hierzu die Arbeit von Zivier.

6) Heymann-Stein, Das Recht auf Bildung, AöR Bd. 97, 185 ff.

7) Heymann-Stein, 186.

8) So, wenn die Autoren aus Art. 6 und Art. 7 GG einen Anspruch auf eine Ausbildung in einer Gesamtschule (!) ableiten. Siehe S. 206.

9) BVwGE 6, 104; 18, 39; 23, 353; OVG Koblenz, Urteil vom 8.12.1971 - Az. 2 A 64/71 -.

des Art. 7 Abs. 1 GG im wesentlichen den Zweck erfüllt, Klagen der Gemeinden gegen schulorganisatorische Maßnahmen für unzulässig zu erklären. Heymann und Stein verweisen auf das Sozialstaats- und das Demokratieprinzip ¹⁰⁾, die ihrerseits wieder auf Art. 1 Abs. 1 GG bezogen werden müssen und könnten, wenn man wüßte, was Art. 1 Abs. 1 GG inhaltlich meint. Insoweit sind auch die genannten Autoren durch das BVfG "geschädigt". Was sie meinen, wird deutlich, wenn sie aus Art. 7 Abs. 1 GG ein "Recht auf Autonomiefähigkeit" ableiten ¹¹⁾. Dieses Recht korrespondiert der staatlichen Pflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG im allgemeinen und hat eine Konkretisierung in Bezug auf die Schule in Art. 7 Abs. 1 GG erfahren. Inhaltlich decken sich "Autonomiefähigkeit" und das reife Ich-Selbst. Es wäre ohne Schwierigkeit möglich, hier den Bogen zu spannen zu Art. 12 Abs. 1 GG und dem Problem des "numerus-clausus". Doch soll das Verhältnis des BVfG zum status positivus einem abschließenden Exkurs vorbehalten bleiben, der deutlich machen wird, daß das BVfG über kurz oder lang gezwungen sein wird, eine inhaltliche Aufhellung des Art. 1 Abs. 1 GG "anzugehen".

Im hier erörterten Zusammenhang geht es allein um die Frage, wie die aus - vor allen Dingen - psycho-analytischer Sicht gewonnene Forderung nach Verhältnissen, unter denen eigenverantwortliche, d. h. angstfreie Lebensgestaltung möglich ist, in der Rechtsprechung des BVfG dienstbar gemacht werden kann ¹²⁾. Ganz deutlich dürfte die Verbindung von Angstlinderungsgebot und Rechtsstaatsprinzip sein. Sie zeigt sich etwa bei der Organisation des Prüfungswesens nach dem Vorbild des Jüngsten Gerichts,

10) Heymann-Stein, 193, 201/2.

11) Heymann-Stein, 213.

12) Das gilt selbstverständlich auch für andere Gerichte, die bislang vom BVfG höchstens auf die Schutzwürdigkeit der Intimsphäre aufmerksam gemacht werden. Vgl. etwa VGH Mannheim NJW 72, 971. Mit ähnlicher Tendenz auch schon BGHSt 14, 359/60.

wo der Prüfer alles weiß, (weil er aus endlosen Stoffmassen auswählen kann,) und der Prüfling nur, daß er "schuldig" ist, weil er nicht alles lernen konnte, was erlernbar ist. Hier entstehen Ängste aus archaischen Schuldgefühlen, die selbstbestrafende Aggression erwecken, bis hin zu dem häufig sich ereignenden Suicid¹³⁾. Veränderungen sind hier erforderlich, die der Entwicklung von Ängsten entgegenwirken. Offenheit und Öffentlichkeit der Prüfungen und eine Begrenzung des Prüfungsstoffs sind das Mindeste. An die Willkürfreiheit des Verfahrens sind schärfste Anforderungen zu stellen. Der Entscheidung des BVwG (gegen das OVG Saarlouis) ist deshalb mit aller Entschiedenheit entgegenzutreten, wonach es nicht rechtsstaatswidrig sein soll, wenn in einer ärztlichen Vorprüfung nur ein Kandidat einem Prüfer gegenüber sitzt und wenn nicht einmal Protokoll geführt wird¹⁴⁾. Den wesentlichen Zusammenhang zwischen der Forderung nach menschenwürdigen, "angstfeindlichen" Verhältnissen und dem Rechtsstaatsprinzip, soweit es sich auf staatliche Verfahren bezieht¹⁵⁾, hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner vordergründigen Argumentation verkannt. Es ist zu vermuten, daß eine solche Entscheidung nicht mehr möglich wäre, wenn das BVfG eine inhaltliche Analyse des Art. 1 Abs. 1 GG erst einmal unternommen hätte.

"Angstfeindlich" ist das gesamte Verhältnis zwischen Bürger und Staatsgewalt zu organisieren. Das ist die Konsequenz aus der Zusammen-Schau von Art. 1 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip und der menschliche Bezug der oben entwickelten Forderung nach "mehr Gesetz". Insoweit kommt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG eine zentrale Funktion zu und ist die "Abhör-Entscheidung des BVfG zu kritisieren¹⁶⁾". Sie erlaubt den Einbruch der Staatsgewalt in die Intimsphäre des

15) Zu den aus Prüfungsängsten entstehenden psychiatrischen Problemen im Einzelnen: Bräutigam, 43 ff.

14) BVwG MDR 72, 173.

15) Siehe hierzu auch Hesse, 223, Fußnote 66.

16) BVfG JZ 71, 171 ff.

Menschen, ohne ihm die Chance zur Gegenwehr zu geben ¹⁷⁾. Damit werden kafkaeske Elemente in das rational zu gestaltende Verhältnis Bürger - Staat eingeführt. Interessanterweise lebt die Begründung von einer gleichzeitigen Minimalisierung des Rechtsstaatsprinzip und des Grundsatzes der Menschenwürde ¹⁸⁾. Es ist anzunehmen, daß das BVfG zu seiner Entscheidung nicht hätte gelangen können, wenn es die Menschenwürde, "das pathetische Wort", nicht "ausschließlich in seinem höchsten Sinne" verstanden hätte, indem es sie erneut Verschleppung, Brandmarkung usw. reduzierte. Daß dieses Verfahren unzulässig ist, wurde nachgewiesen ¹⁹⁾. Es bleibt zu hoffen, daß das BVfG den hier beschrifteten Weg nicht weitergeht.

Die Reihe der juristischen Fragen, über deren Erörterung die Rechtsprechung die Diskussion im politischen Raum über die Frage, was denn menschenwürdige Verhältnisse sind, an Art. 1 Abs. 1 GG ausrichten könnte, ließe sich fortsetzen ²⁰⁾. Immer wäre es erforderlich zu prüfen, was in dem zu regelnden Sachbereich "angstfeindliche" Verhältnisse sind. Dazu bedürfte es einer Realitätsanalyse, wie sie von Heymann und Stein hinsichtlich des Sozialisationsprozesses geleistet wurde und wie sie angedeutet wurde hinsichtlich der Psychologie der Prüfungssituation. Ohne eine solche Realitätsanalyse mögen juristische Überlegungen gut klingen. Sie verfehlen aber bisweilen den Kern der Dinge. Das soll in Bezug auf die Frage des privaten Fernsehens exemplifiziert werden. Ausgehend von der Entscheidung des BVfG ²¹⁾, wonach private Fernsehanstalten zulässig sind, wenn ihre Binnenstruktur nur pluralistisch ist, beschäftigt sich die

17) Insofern ist Häberle, Die Abhör-Entscheidung, JZ 71, 151, zu verstehen, wenn er gesteht, daß seine "Betroffenheit" sich kaum mehr artikulieren ließe.

18) Vgl. hierzu die Entscheidung JZ. 71, 173/4, und das Minderheitenvotum, JZ 71, 177.

19) Vgl. 1. Hauptteil, II. a. E.

20) Vgl. etwa BVfGE 22, 218 ff (zu § 73 BSHG), wo das BVfG eine Kernfrage des Menschen, sein soziales Beziehungsfeld, übergang und mit der markigen Formel, der Staat "habe" den Menschen nicht zu bessern, zu einem problematischen Ergebnis kam.

21) BVfGE 12, 262 f.

Diskussion vorwiegend mit dem Problem der pluralistischen Organisation, mit dem finanziellen Argument des BVfG und der technischen Frage der Wellenbereiche. Der Widerstand in der Rechtsprechung gegen ein privates Fernsehen wird über die Fragen der Wellenbereiche ²²⁾ und der Finanzierung ²³⁾ realisiert ²⁴⁾. Das dürfte aber kaum noch möglich sein, wenn erst einmal entsprechende Rundfunkgesetze existieren. Dann "hilft" gegen das private Fernsehen allein Art. 1 Abs. 1 GG, und zwar aus folgender Realitätsanalyse: Der Bürger wählt, wenn es viele Programme gibt, dasjenige, das seiner Bewußtseinslage gemäß ist. Das zu konstatierende deformierte Bewußtsein neigt zu "goldenen Schüssen" und zu "sex and crime", Typen von Sendungen, die hohe Seherquoten haben und daher einer Werbesendung relativ viel Erfolg versprechen würden. Hinzukommt, daß zwischen 19.00 und 22.00 Uhr die meisten Fernsehapparate angeschaltet sind. Es bestünde bei einer Vielzahl von Fernsehsendern, die, weil privat, von privaten Einnahmen abhängig wären, die Gefahr, daß die finanzierenden Interessen sich zu bestimmten Zeiten mit bestimmten Programmen durchsetzen würden ²⁵⁾. Zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Anstalten sind Programmabreden möglich, vielleicht sogar geboten. Bei einer Vielzahl privater (und zweier öffentlicher) Anstalten ist eine Absprache mit dem Ziel der Aufklärung und Information unmöglich. Damit wäre eine Chance vertan, dem Menschen Hilfe bei der Emanzipation von nicht sachnotwendigen inneren und äußeren Zwängen zu geben. Die Pflicht des Staates hierzu folgt aus Art. 1 Abs. 1 GG. Herzogs Vorschlag, der sich die pluralistische Organisation der Massenmedien Funk und Fernsehen in vielen öffentlichen und privaten Händen vorstellt, ist mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Ein Gesetz, das eine solche Organisation erlaubte, wäre verfassungswidrig, indem es Verhältnisse schaffen würde, unter

22) Diese letzte Frage dürfte durch das aufkommende Kabelfernsehen ("Spiegel", 17/72, S. 162) aus der Welt geschafft werden.

23) Das hält Herzog, MDH, RdNr. 214 ff, für ein nicht mehr überzeugendes Argument.

24) Vgl. zuletzt BVwG NJW 72, 968 ff.

25) Vgl. Fußnote 23.

denen die Entwicklung eines reifen Ich-Selbst zumindest erschwert würde.

Im Zusammenhang mit der Reproduktion passiver Hingabe an den Konsum steht allgemein die Werbung. Sie wird gemäß der Rechtsprechung des BVfG aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet ²⁶⁾. Doch haben sich hier Lebensbereiche im Grunde vom Recht, zu dem das Grundgesetz zählt, gelöst. Der BGH verletzt hier teilweise die ihn aus Art. 1 Abs. 3 GG trefende Pflicht. Das ist deutlich, wenn man die Ergebnisse der Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung betrachtet: Sachlich vergleichende Werbung ist verboten, Ausnützung und damit Reproduktion schwach entwickelter Ich-Selbst-Strukturen mittels psychologischen Raffinements, "geheimer Verführung", dagegen erlaubt, über das Verbot des Vergleichs sogar gefördert ²⁷⁾. Der BGH judiziert ein Ja zur "organisierten Volksverdummung" ²⁸⁾. Der Weg zu diesem Ja ist einfach: Es wird die Freiheit des Werbenden güterabwägend nur als begrenzt erklärt durch das Interesse der Mitbewerber. Der Adressat der Werbung, der Bürger, dessen Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung zu achten und zu schützen Aufgabe aller Staatsgewalt ist, erscheint nicht in der Diskussion. Seine Freiheit wird vorab behauptet, ohne daß eine Realitätsanalyse ihrer Bedingungen stattfindet, obgleich die Existenz der Werbung die Unfreiheit voraussetzt.

Nach der hier entwickelten Auffassung ist diese Rechtsprechung verfassungswidrig. Ähnliches gilt für die Rechtsprechung des BAG zum alten § 51 BetrVfG, insoweit als sie die genannte Bestimmung extensiv interpretiert, die das Problem der parteipolitischen Tätigkeit im Betrieb behandelt ²⁹⁾.

26) Nach der hier zu Art. 2 Abs. 1 GG vertretenen These wäre das Recht auf Werbung "grundrechtsfrei", soweit nicht Art. 1 Abs. 1 GG selbst Grenzen setzt. Dazu sogleich im Text.

27) Zu den Umwegen, auf denen vergleichende Werbung ausnahmsweise sich Bahn verschafft: Mletzko, 52, 74.

28) Galbraith, 330.

29) Die Rechtsprechung des BAG zu dieser Frage wird konzentriert von Hoffmann, 72 ff, dargestellt.

Vorab noch einmal: Vor allem ist der Mensch, was er tut. Deshalb erfährt das Ich-Selbst eines Menschen eine ganz besonders heftige Erschütterung, wenn seine Arbeit oder gar die Möglichkeit, einen bestimmten Beruf weiter auszuüben, verlorengeht. Denn vorwiegend über das Arbeitsverhältnis steht der Mensch, derzeit, im gesellschaftlichen Zusammenhang³⁰⁾. Deshalb ist gerade das Arbeitsverhältnis, neben den Sorgen um familiäre Dinge, ein Ansatzpunkt für Aufklärung und für Darstellung gesellschaftlicher Probleme und Zusammenhänge, d. h. ein möglicher Ansatzpunkt, um das Bewußtsein der Arbeitnehmer über den Bereich des nur Unmittelbaren hinauszuführen. Genau das findet nicht statt: Denn § 51 BetrVfG verbietet jede parteipolitische Tätigkeit. Da nicht ersichtlich ist, wie Aufklärung über soziale Interdependenzen, Entwicklungen und Probleme, kurz: die Vermittlung politischen Bewußtseins, ohne einen irgendwie gearteten Bezug zu den politischen Parteien erfolgen soll, da weder personell, noch viel weniger aber institutionell, sich Aufklärer zeigen, hat § 51 BetrVfG objektiv die Funktion, auch am Arbeitsplatz politisches Bewußtsein (im Sinne von Bewußtsein in den Dingen der Polis) nicht aufkommen zu lassen, unpolitisches Bewußtsein zu erhalten und zu vertiefen.

Daraus folgt, daß § 51 BetrVfG von Art. 1 Abs. 1 GG her verfassungskonform restriktiv zu interpretieren ist. Derart, daß Aufklärung über die Verhältnisse zugelassen ist mit Ausnahme der unmittelbaren Parteiwerbung, wodurch zwar einer gewissen politischen Einflußnahme, über ein nur vorsichtiges Offenbaren parteipolitischer Position, nicht zu begegnen, dafür aber eine Voraussetzung geschaffen wäre für einen Angstabbau. Gewerkschaftliche Aufklärung ist deshalb nicht untersagt. Dem Argument, Politisierung schade über den Betriebsfrieden der Produktion, ist, aus Art. 1 Abs. 1 GG, entgegenzusetzen, daß Entpolitisierung dem Menschen schade. Darüber hinaus ist zu beachten, daß Entpolitisierung durchaus nicht unpolitisch ist, sondern ein Element der Politik, die, aus dem Wunsche nach

30) König, Soziologie, 25 ff.

Wachstum, die "organisierte Volksverdummung" braucht. Entscheidungen der Arbeitsgerichte, die, entgegen Art. 1 Abs. 1 GG, § 51 BetrVfG nicht restriktiv interpretieren, sind verfassungswidrig.

Das Arbeitsverhältnis ist auch darüber hinaus ein zentraler Ort, an dem die Forderung nach Verhältnissen, in denen relativ angstfreies Leben möglich ist, Konsequenzen entfaltet, so etwa in Bezug auf den Kündigungsschutz und die Mitbestimmungsproblematik. Letztere hat auch das BVfG mit Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung gebracht, ohne allerdings einen Ansatzpunkt für eine systematische Betrachtung zu geben ³¹⁾. Die Entscheidung steht deshalb irgendwie im freien Raum. Dabei hätte ein Anlaß zu einer solchen Vertiefung bestanden. Es wird nämlich die politische Diskussion um die Organisation der Mitbestimmung in den Betrieben ausschließlich mit ökonomischen Argumenten geführt, ohne daß das entscheidende Element der Angstlinderung berücksichtigt wird. Personalisiert betrachtet könnte gesagt werden, die Diskussion berücksichtige Marx anstelle von Freud, der in diesen Fragen von erheblich größerer Dynamik ist. Es kann zumindest insoweit das Verdikt Riesmans gegen den Kommunismus unterschrieben werden, der sagt, daß "diejenigen, die die Dinge entsprechend den alten Machtvorstellungen ordnen wollen, die Kommunisten, heute vielleicht die reaktionärste und gefährlichste Macht in der Weltpolitik" darstellen ³²⁾. Nur kann daraus nicht gefolgert werden, daß die Forderung nach Mitbestimmung zu den Akten zu legen sei, weil sie auch "mit Marx" begründet wird. Nur sind die Konsequenzen in Bezug auf die Organisation des Betriebes unterschiedlich, da es nicht mehr darum geht, die Macht des Unternehmers zu brechen, den es ohnehin nicht mehr gibt, jedenfalls was das Industriesystem betrifft ³³⁾.

31) BVfGE 28, 323.

32) Riesman, 260.

33) Vgl. die Ausführungen von Galbraith, 76 ff, zur Technostruktur.

Die Frage, wie eine solche innerbetriebliche Organisation aussehen müßte, zu beantworten, gibt Art. 1 Abs. 1 GG auf, indem es die Richtung andeutet, in die das Nachdenken im politischen Bereich sich zu bewegen hat. Damit wird deutlich, weshalb das Tatbestandsmerkmal "Verpflichtung" in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG nicht Ansprüche zu begründen vermag. Der Wortinterpretation des Art. 1 Abs. 3 GG ist zu folgen, wie es die herrschende Meinung tut. Im Bereich des Art. 1 Abs. 1 GG geht es um die Pflicht des Staates zu einer menschenwürdigen Organisation der Verhältnisse, noch nicht um den einzelnen Bürger und seine Ansprüche.

Damit verbleiben Art. 1 Abs. 1 GG zwei Funktionen. Soweit der Inhalt bestimmbar ist wie hinsichtlich der vergleichenden Werbung, der privaten Fernsehanstalten usw., vermag die Norm entgegengesetzte Gesetze oder Rechtsprechungsakte zu brechen. Darüber hinaus gibt sie der "politischen" Diskussion Denkanstöße.

Die Aktivierung der in Art. 1 Abs. 1 GG bereitliegenden Energien ist letztlich Sache des BVerfG. Es hat bislang vor dieser Aufgabe versagt ³⁴⁾. Gerade hierin aber, so hat die Untersuchung ergeben, liegt die vielleicht einzige Möglichkeit, die rechtsprechende Gewalt auf den politischen Meinungsbildungsprozeß, insbesondere was die Frage einer Strukturbildung anbetrifft, Einfluß nehmen zu lassen, wenn auch, naturgemäß, der Einfluß nur gering sein kann. Es gilt eine Chance zu nützen. Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet dazu.

Exkurs: Umriß einer Theorie grundrechtlicher Leistungsansprüche.

Die Frage, ob es grundsätzlich möglich ist, die als Auf-
fluß des status negativus formulierten Grundrechte mit

34) Es ist nachdrücklich zu betonen, daß damit nicht die Ergebnisse der Verfassungsrechtsprechung verworfen sind. Ihr ist in weitem Umfang zu folgen. Was dem Gericht vorzuwerfen ist, ist, daß es den "harten Kern" des GG noch nicht entdeckt und fruchtbar gemacht hat.

Leistungsansprüchen "anzureichern", ist kontrovers ¹⁾.

In dieser Arbeit geht es um das BVfG. Es genügt deshalb, die Rechtsprechung des BVfG zur Frage des status positivus zu untersuchen.

Insoweit scheint die Entscheidung zum "numerus-clausus" allein zu stehen ²⁾, nachdem das BVfG den Anspruch auf das Existenzminimum in eine Verbindung von Art. 1 Abs. 1 GG und der Sozialstaatsklausel gebracht hat ³⁾ und nicht, wie es wohl systematisch korrekt gewesen wäre, in eine solche mit Art. 2 Abs. 1 GG. Doch konnte sich das Gericht 1951, in einer Phase allgemeiner Not, noch nicht dazu durchringen, Grundrechtsbestimmungen als Anspruchsgrundlagen zu akzeptieren. Und auch in der Entscheidung zum "numerus-clausus" ist Art. 12 Abs. 1 GG noch nicht allein als Anspruchsgrundlage genannt, sondern es sind Art. 3 Abs. 1 GG und, erneut, das Sozialstaatsprinzip als Stützen verwandt ⁴⁾. Außerdem bleibt es auch insofern bei der Entscheidung von 1951, als (wohl) "grundsätzlich daran festzuhalten ist, daß es ... im modernen Sozialstaat der nicht einklagbaren Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleibt, ob und wieweit er im Rahmen der darreichenden (!) Verwaltung Teilhaberechte gewähren will".

Doch zeigt der Grund dafür, daß das Gericht dann doch - und seinem Ansatz zufolge: ausnahmsweise - einen Anspruch auf Zutritt zu den Ausbildungseinrichtungen zugesteht, an, daß die Ausnahme auf dem Weg zur Regel sein muß. Sie wird nämlich damit begründet, daß der Staat die fraglichen Einrichtungen "faktisch" dirigiere. Danach aber steht zu erwarten, daß weitere "Ausnahmen" folgen werden, denn es ist kein durch ein Grundrecht angesprochener Lebenskreis mehr sichtbar, in dem der "faktische" Einfluß

1) Vgl. hierzu die Beiträge von Häberle und Martens auf der Regensburger Staatsrechtslehrtagung von 1971. Leitsätze in DVBl. 72, 68 ff (mit einer Diskussionsübersicht); Schneider, In dubio pro libertate, 279; ders., Rechtsgutachten, 18 f; Däubler, NJW 72, 1105 ff; Schwabe, NJW 69, 2274 ff; Rupp, Umweltschutz, JZ 71, 401 ff; Tomandl, 44 ff; Saenger, 22.

2) BVfG NJW 72, 1561 ff.

3) BVfGE 1, 97.

4) BVfG NJW 72, 1564.

des Staates nicht stärker wird. Ob es wirklich auf eine Monopolstellung ankommen kann, mag dahinstehen. Das "besondere Gewaltverhältnis" (im untechnischen Sinn) mit seiner anwachsenden Dichte der Rechtsrelationen wird jedenfalls weitere grundrechtliche Leistungsansprüche entstehen lassen.

Trotz der Vehikel (Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG) und der Betonung des Ausnahmecharakters ist das BVfG deshalb vermutlich dabei, neue grundsätzliche Positionen zu beziehen, allerdings nur in Bezug auf eine "Bewußtheit". Denn das BVfG hätte an die Entscheidung aus dem Jahre 1951 anknüpfen können, in der es seine "Nur-Zwei-Beziehungslehre" entwickelt hat. Danach sollte die Schutzverpflichtung im Verhältnis des Bürgers zur Gesellschaft "nicht Schutz vor materieller Not" bedeuten, "sondern Schutz gegen Angriffe auf die Menschenwürde durch andere, wie Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung usw." meinen ⁵⁾. Daß diese Auffassung zu eng ist, wurde schon betont. Sie enthält indessen die höchst interessante Aussage, daß der Staat Hilfe zu leisten habe, wo die - wie auch immer verstandene - Menschenwürde "durch andere" angegriffen werde. Insofern ist bereits ein, wenn auch beschränkter Leistungsanspruch anerkannt worden. Er wäre nur noch auf die einzelnen Grundrechte zu beziehen gewesen.

Doch hat das BVfG sich nicht zitiert ⁶⁾, was bemerkenswert ist, wenn man berücksichtigt, wie regelmäßig das BVfG sonst auf sich zurückgreift. Hierfür sind nur zwei Erklärungen möglich, die letztlich ineinanderfallen. Entweder hat das Gericht den Zusammenhang zwischen Art. 1 Abs. 1 GG und dem Ausbildungsrecht nicht gesehen. Das wäre denkbar, da das Gericht zu einer Minimalisierung des materiellen Gehaltes von Art. 1 Abs. 1 GG neigt. Oder es hat den Zusammenhang nicht sehen wollen. Das könnte seinen Grund darin haben, daß das Gericht, wenn es den Zusammenhang hergestellt hätte, seine Zurückhaltung in Bezug auf die

5) BVfGE 1, 104.

6) Zitiert ist allein eine Entscheidung des BVwG zu Privatschulfinanzierung (E 26, 360).

Menschenwürde über kurz oder lang hätte aufgeben müssen. Denn zum einen wäre "Schutz" nicht nur gegenüber "den anderen", sondern schlechthin zu gewähren gewesen. Die Annahme, daß die Mitbewerber um einen Studienplatz "andere" im Sinne der "Nur-Zwei-Beziehungslehre" sind, ist abwegig. Zum anderen wäre Schutz aber nicht nur in Extremfällen menschlicher Existenz, sondern auch zugunsten eines "willkürlichen" Berufswunsches zu leisten. In diesem Falle hätte das Gericht sich in der Situation befunden, die Menschenwürde neu bestimmen zu müssen.

Das läßt vermuten, daß das Gericht auf die Dauer nicht umhin kommen wird, die Frage nach dem materiellen Gehalt der Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse erneut und anders als bislang zu beantworten. In diese Richtung drängt das Bedürfnis nach Systematik ⁷⁾. Zur Zeit hat das BVfG einen systematischen Ansatz noch nicht gefunden. Die Folge ist, daß im Gegensatz zu den Problemen des status negativus das BVfG in Bezug auf die des status positivus eine führende Position in der juristischen Diskussion (noch ?) nicht hat. Es ist vielmehr abhängig von anderen, die die Diskussion betreiben. Das bestätigt der Hinweis des Gerichts auf die Entscheidung des BVwG zur Finanzierung von Privatschulen ⁸⁾, mit dem im Grunde die Sicht versperrt wird auf die Tatsache, daß ein Zulassungsanspruch aus Art. 12 Abs. 1 zum Eintritt in eine Ausbildungsstätte auf der Ebene der Oberverwaltungsgerichte bereits zu einer juristischen "Selbstverständlichkeit" geworden war ⁹⁾. Die Entscheidung des BVfG zu privaten Rundfunkanstalten ¹⁰⁾ kann für die Problematik des status positivus jedenfalls nicht herangezogen werden. Nach ihr "fordert" Art. 5 Abs. 1 GG ein Gesetz, das die organisa-

7) Rüthers, Institutionelles Denken, 61, sieht in der rechtswissenschaftlichen Systematisierung eine kleine Chance, wie die Rechtsprechung für eine gewisse Zeitspanne dem jeweils "politisch Neuen" widerstehen kann.

8) Vgl. Fußnote 6.

9) Vgl. etwa OVG Koblenz NJW 70, 824 (mit weiteren Verweisen) und das Urteil des OVG Koblenz vom 27.10.1971 - Az. 2 A 21/71 -; s. a. OVG Berlin DVBl. 72, 86/88.

10) BVfGE 12, 262 f.

torischen und sachlichen Grundsätze einer pluralistischen Rundfunkanstalt formuliert. Das hat mit dem Komplex: Grundrechte als Leistungsansprüche erkennbar nichts zu tun ¹¹⁾. Es muß deshalb mit aller Deutlichkeit festgehalten werden, daß das BVfG in dieser Hinsicht von Ansichten abhängt, an deren Entstehung es nicht beteiligt ist. Es ist aber auch festzuhalten, daß das BVfG seine Position verändern könnte, wenn es ihm gelänge, den oben herausgearbeiteten Zusammenhang zwischen dem "numerus-clausus"-Urteil und der Entscheidung aus dem Jahre 1951 herzustellen.

Damit ist ein Punkt erreicht, an dem von Einzelaussagen des BVfG her eine geschlossene Theorie der Grundrechte als Leistungsansprüche in Umrissen erkennbar wird: Über Art. 1 Abs. 1 GG, verstanden als Forderung nach Schaffung menschenwürdiger Verhältnisse, erhalten grundsätzlich alle Grundrechte einen "Leistungsaspekt", dessen formale Erkennbarkeit durch die unzureichende, der liberalen Tradition verbundene Formulierung der Grundrechte im Sinne des status negativus nur erschwert, nicht verhindert wird ¹²⁾ und dessen materielle Reichweite durch "die Menschenwürde" bestimmt ist. Diese wiederum ist, nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz, konkret zu verstehen im Sinne der Fähigkeit eines reifen Ich-Selbst zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung.

Ein solcher systematischer Versuch sieht sich wie übrigens jeder andere Versuch, eine Theorie grundrechtlicher Leistungsansprüche zu konstruieren, sogleich dem Vorwurf ausgesetzt, daß er die funktionellrechtliche Grenze zwischen der gesetzgebenden und der rechtsprechenden Gewalt entgegen

11) Die Frage nämlich, ob aus Art. 4 Abs. 1 S. 2 GG ein Anspruch gegen den Gesetzgeber auf Schaffung der Voraussetzungen abzuleiten ist, unter denen "jedermann" eine Rundfunkanstalt errichten kann, ist in der Entscheidung des BVfG nicht angesprochen. Sie stellt sich erst im Anschluß an das Urteil des BVwG zum Verlegerfernsehen (Az. VII C 45/69).

12) Insoweit ist Nipperdey (in Enneccerus-Nipperdey), 95, beizupflichten, wenn er darauf hinweist, daß es keineswegs so sei, "daß die Grundrechte des Grundgesetzes nur die gleiche Bedeutung haben müssen wie in früheren Verfassungen". Vgl. auch Saenger, 21.

dem Willen des Grundgesetzes zugunsten der letzteren verschiebe¹³⁾. Daß dies der einzige kritische Punkt einer solchen Theorie sein könnte, betont zu Recht Däubler¹⁴⁾. Der Einwand vermag allerdings nicht zu überzeugen: Er verkennt nämlich, daß Gesetzgebung insoweit nicht zulässig ist, als das Grundgesetz eine materiale Aussage hinsichtlich bestimmter Rechte und Pflichten des Staates gegenüber dem Bürger macht, d. h. insoweit als das Grundgesetz selbst derartige Rechtsrelationen normiert. Zu ihrer Veränderung bedarf es nicht des Gesetzgebers im eigentlichen Sinne, sondern des Verfassungsgesetzgebers, mag dieser auch das nämliche Parlament sein, das für die "normale" Gesetzgebung zuständig ist.

Wenn das BvFG aus den Grundrechten Leistungsansprüche entwickelt (oder entwickeln würde), kann es nur dann "Gesetzgebung" im Sinne des hier diskutierten Einwandes betreiben, als es die Grenzen dessen überschreitet, was das Grundgesetz als materiale Aussagen enthält. Nur insofern wäre die Rechtsprechung nicht "Rechtsverwirklichung", sondern Gesetzgebung. Damit geht die Kritik, soweit sie grundsätzlich ist¹⁵⁾, ins Leere, da sie die Grundrechte nicht aus dem liberalen Vorverständnis zu lösen vermag und deshalb bereits die Annahme eines Leistungsaspektes als über die Grundrechte hinausgehend, als "Gesetzgebung" betrachtet. Wenn aber umgekehrt die auslegungsleitende und das liberale Grundrechtsverständnis überragende Norm des Art. 1 Abs. 1 GG einen Leistungsaspekt der Grundrechte erschließt, verbleibt dem

13) Dieser Einwand beruht auf der Vorstellung, daß über das neue Grundrechtsverständnis "beliebige politische Forderungen in den Rang geltenden Verfassungsrechts" erhoben würden, vgl. Martens, DVBl. 72, 70. Der Weg von politischen Forderungen zu geltendem Recht führt in der Tat allein über den Gesetzgeber. Jedoch geht es nicht an, materiale Aussagen des Grundgesetzes als "beliebige politische Forderungen" aufzufassen. Der Rest ist eine Frage der Abgrenzung.

14) Däubler, 1109.

15) Auch nach dieser Auffassung sollen "ausnahmsweise" Ansprüche über Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht kommen, vgl. Martens, DVBl. 72, 68 (Leitsatz II); s. a. Schneider, In dubio pro libertate, 278. Die h. M. versteht jedoch Art. 3 Abs. 1 GG zu allgemein. Wenn man seinen Umfang aber begrenzt, ist man sogleich auf Art. 1 Abs. 1 GG angewiesen.

kritischen Einwand allein die aktuelle Funktion, bei der Ermittlung des Leistungsaspektes die Grenze zum "nur" Politischen, zu den "beliebigen politischen Forderungen" ¹⁶⁾ nicht zu überschreiten. Die Grenzlinie ist sicher oftmals nichtleicht auszumachen. Die Schwierigkeit ihrer Bestimmung berechtigt jedoch nicht zu einer Preisgabe des Leistungsaspektes, wenn dieser erst einmal als von Art. 1 Abs. 1 GG gefordert erkannt ist.

Der Anspruchsgehalt der Grundrechte im einzelnen ist systematisch noch nicht erforscht. Doch anerkennt z. B. Dürig ¹⁷⁾, obzwar demselben Vorverständnis verbunden wie das BVfG, daß ein Zusammenhang zwischen staatlicher Tbc-Hilfe und Art. 2 Abs. 2 GG besteht, den er jedoch über die Sozialstaatsklausel, nicht über Art. 1 Abs. 1 GG versteht ¹⁸⁾. Dabei sieht er sich dann, entsprechend den Andeutungen des BVfG in der "Fürsorge"-Entscheidung, gezwungen, die Sozialstaatsklausel ganz ausnahmsweise als Anspruchsnorm zu deuten. "Zwar ist man mit Recht vorsichtig, aus der Sozialentscheidung unmittelbar Recht herzuleiten", aber sie geht trotzdem über den "Lassalle'schen Nachwächterstaat" hinaus und verpflichtet "zum positiven Helfen und Fördern". Anstatt hier, von Art. 1 Abs. 1 GG her, ein neues Verständnis für den Gehalt der Grundrechte zu entwickeln, entfaltet das liberale Vorverständnis so starke psychische Wirksamkeit, daß, von den einzelnen Normen des Grundrechtsteils des Grundgesetzes her, das Sozialstaatsprinzip nicht nur seinem historischen Ort, dem Arbeitsleben, entfremdet, sondern auch seiner Struktur nach verfälscht wird, mit dem Kraftwort: "Wenn die Sozialentscheidung überhaupt rechts-

16) Vgl. Fußnote 13.

17) Dürig, MDH, RdHrn. 26 f zu Art. 2 Abs. 2 GG.

18) Martens, DVBl. 72, 68, Leitsatz 17, wendet sich gegen die Annahme, daß die Sozialstaatsklausel Grundlage subjektiv-öffentlicher Ansprüche sein könnte. Das erscheint zutreffend. Allenfalls mag es angehen, einer Grundrechtsnorm, wie das BVfG es in der "numerus-clausus"-Entscheidung getan hat, die Sozialstaatsklausel an die Seite zu stellen. Doch da deren rechtlich faßbarer Gehalt nur aus Art. 1 Abs. 1 GG heraus bestimmt werden kann, erscheint der Rekurs auf diese Bestimmung angebracht.

verbindlichen Gehalt hat, dann doch mindestens den, daß der Staat unverschuldet Hilfsbedürftige nicht verhungern lassen darf" zur Begründung des Anspruchs auf das Existenzminimum und entsprechend für die Tbc-Hilfe.

Es drängt sich die Frage auf, was denn noch "mindestens" aus der Sozialentscheidung abgeleitet werden muß. Zu ihrer Beantwortung kann die Vermutung geäußert werden, daß das wohl abhängen dürfte von den Selbstverständlichkeiten des Interpreten, womit noch einmal auf den psychischen Mechanismus der Projektion hingewiesen ist, auf den im Zusammenhang mit dem Verfassungsrang der Verhältnismäßigkeit schon eingegangen wurde ¹⁹⁾: Immer dann, wenn in einer Einzelfrage der Interpret der Ansicht ist, daß auf irgendetwas ein Anspruch bestehen müßte, "bemächtigt" er sich, "ausnahmsweise", der Sozialstaatsklausel, ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsort, die sozialen Konflikte, den Abbau von Macht des arbeitgebenden Menschen über den arbeitnehmenden, wodurch die Klausel in die Gefahr gerät, zu einer Kampfstätte vager Gerechtigkeitsideen zu werden.

Die hier vorgetragene Ansicht ist solchen Gefahren nicht ausgesetzt, da sie entscheidend auf die materialen Gehalte des Art. 1 Abs. 1 GG abstellt. Nur insoweit als diese Norm klare Aussagen über das von ihr Geforderte enthält, kann demgemäß der Leistungsaspekt der einzelnen Grundrechtsverbürgungen, ihr Anspruchsgehalt, reichen. Allerdings ist damit nur wieder der Anschluß an die schon wiederholt getroffene Feststellung hergestellt, daß eine Aufhellung dessen, was Art. 1 Abs. 1 GG fordert, notwendig wird, wenn anders nicht eine eigenständige Funktion des Grundgesetzes gegenüber dem jeweils "politisch Neuen" (Schneider), den "beliebigen politischen Forderungen" (Martens), der "sozialen, politisch und weltanschaulich fundierten Wertgrundlage der Gesamtordnung" (Rüthers) verspielt werden soll.

Ohne einen solche "harten Kern" des Grundgesetzes, wie ihn Art. 79 Abs. 3 GG sicherstellen will, ist dem Einwand,

19) Zur psychoanalytischen Begründung dieses Mechanismus': Habermas, 335 ff, Mitscherlich, 149 f.

der Leistungsaspekt verschiebe die funktionell-rechtliche Grenze zwischen der Gesetzgebung und der rechtsprechenden Gewalt, kaum überzeugend entgegenzutreten ²⁰⁾. Das zeigt sich etwa in der Diskussion um ein "Grundrecht auf menschenwürdige Umwelt" ²¹⁾, in das alles nur mögliche "politisch Neue" einfließen kann. Ähnliches gilt, wenn der Versuch unternommen wird, einen "Plangewährleistungsanspruch" in Art. 2 Abs. 1 GG unterzubringen ²²⁾, oder wenn der Folgenbeseitigungsanspruch grundsätzlich ²³⁾ aus dem Gesetzesvorbehalt des Grundrechtsteiles hergeleitet wird ²⁴⁾.

Alle diese Versuche sind letztlich bedingt durch die Rechtsprechung des BVerfG, die den Grundrechten eine prinzipielle Endlosigkeit zuspricht. Von daher kann jedes Rechtsproblem irgendwie dem Grundrechtsbereich zugänglich gemacht werden, bzw. auf ihn bezogen werden, alle nur erdenklichen und für sinnvoll gehaltenen Leistungsansprüche einbegriffen. Dann aber besteht in der Tat die Gefahr, daß Verfassungsrechtsverwirklichung und Rechtspolitik nicht mehr zu trennen sind.

Es erscheint demgegenüber erforderlich, behutsam den Gehalt der Forderung nach menschenwürdigen Verhältnissen aufzuschlüsseln. Das BVerfG hat hierbei voranzuschreiten, aber nicht, indem es weiterhin von einer dem Menschen kraft seines Mensch-Seins zugeschriebenen Freiheit ausgeht, sondern indem es seinen Blick auf die Verquickung der Persönlichkeitsstruktur mit den Verhältnissen, in denen ein Mensch lebt, richtet.

-
- 20) Es wurde schon darauf hingewiesen, daß auch die Vertreter der Ansicht, die einen grundsätzlich bestehenden grundrechtlichen Leistungsaspekt bestreitet, im Einzelfall über Art. 3 Abs. 1 GG und die Sozialstaatsklausel helfen wollen. Ohne Zweifel sind sie insoweit genauso den "aufsteigenden Normgehalten" geöffnet und ihrem grundsätzlichen Einwand ausgesetzt.
- 21) Friedrich DöV 72, 129 (Bericht von der 26. Tagung der Deutschen Richterakademie); Rupp, Umweltschutz, 401 ff, (der allerdings - S. 402 - ein individuell durchsetzbares Recht nicht anzuerkennen scheint).
- 22) Vgl. hierzu Ossenbühl DöV 72, 29.
- 23) Für bestimmte Positionen mag das gelten, etwa in Bezug auf Persönlichkeitsbeeinträchtigungen auf Grund von Rundfunk- oder Fernsehsendungen ("Aktenzeichen XY-ungeklärt").
- 24) Gallwas, 127.

Der Weg, den das verfassungsgerichtliche Denken einzuschlagen hätte, ist sicherlich steinig, so dann, wenn es zu Ergebnissen kommt, die finanzielle Lasten mit sich bringen. Das dürfte die hier noch einmal zu erwähnende Untersuchung von Heymann und Stein zeigen. Das gilt auch in Bezug auf die Konsequenzen, die die hier vertretene Auffassung z. B. für Art. 13 GG erbringt. Der Forderung nach Schaffung relativ angstfreier Verhältnisse, wie sie aus psychoanalytischen Gedankengut für Art. 1 Abs. 1 GG zu ermitteln war, könnte das BVfG nahekomen, wenn es ihm gelänge, bestimmte allgemeine Aussagen hinsichtlich menschlicher Probleme auf die Einbettung des Menschen in konkrete Verhältnisse zu beziehen. So hat das BVfG ausgeführt, daß dem Menschen "ein unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist, verbleiben müsse". "Ein ... Eindringen in den Persönlichkeitsbereich ... ist dem Staat ... versagt, weil dem Einzelnen um der freien und selbstverantwortlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit Willen ein 'Innenraum' verbleiben muß, in dem er 'sich selbst besitzt' und 'in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt" ²⁵⁾. Es handelt sich hierbei um eine Entscheidung, die eher den "psychischen Innenraum" meint. Dennoch verdient sie auch für den Bereich des Art. 13 Abs. 1 GG Beachtung, weil das Gericht mit dem zweiten Satz über den ersten, der nur noch einmal die "Intim-These" wiederholt, hinausgeht, indem es sich den Bedingungen, "Bedürfnissen", der menschlichen Seele annähert, wenn es von dem "Recht auf Einsamkeit" spricht, einem "Recht", das räumlich betrachtet, in der sich abzeichnenden Großstadtgemeinschaft eine ganz besondere Funktion hat und haben wird, das Ich-Selbst dadurch stützend, daß zunehmend allein die Wohnung Möglichkeiten der Ent-Spannung eröffnet. In ihr kann der Einzelne aus dem System von Verhaltenserwartungen, in das er auf Grund seiner Ich-Selbst-Strukturen eingebettet ist, entweichen und verdrängte Wünsche unmittelbar oder ersatzweise befriedigen, zur Entlastung des Ich, mit

25) BVfGE 27, 6 unter Berufung auf Wintrich.

der Folge einer relativen Erhöhung der Ich-Funktionen und einem "Reifer"-Werden. Das korrespondiert der Einsicht in die Bedeutung des Traumes für die psychische Gesundheit.

Von hierher erscheint der Gedanke auf ein "Recht auf Wohnung" unabweisbar. Gegen ihn würde möglicherweise der Einwand erhoben, daß ein solches Recht aus finanziellen Erwägungen "unmöglich" ist. Doch erscheint das nicht als zwingend. Denn gegenwärtig ist der weitaus größte Teil der Bürger in Wohnungen untergebracht. Für ihn vermag der Rechtsanspruch allein in der Annexform des Kündigungsschutzes wirksam zu werden oder in der Form einer obdachlosenpolizeilichen Wiedereinweisung in eine Wohnung, aus der jemand herausgeklagt worden ist ²⁶⁾. In dieser letzten Situation, in der des Obdachlosen, wirkt sich der Anspruch auf eine Wohnung ²⁷⁾ immer aus: Der Staat ist zur Stellung eines Obdaches verpflichtet, über dessen Organisation aus Art. 13 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG weitere Aussagen zu gewinnen wären. Auf keinen Fall dürfte es sich dabei um Asyle handeln, in denen mehrere Menschen nur eine Schlafstelle hätten. Der Einzelne hat vielmehr, auf Grund der oben beschriebenen Funktion für das Seelenleben, einen Anspruch auf ein Einzelzimmer, das er von innen verriegeln kann.

Ganz ohne Zweifel wären auch diese Maßnahmen mit einem nicht unerheblichen finanziellen Aufwand verbunden. Doch kann hieraus ein Anspruch auf Wohnraum nicht verneint werden, ebensowenig wie das BVfG einen Anspruch auf Zugang zu einer Ausbildungsstätte an den Kosten einer Universitätsgründung scheitern lassen konnte ²⁸⁾. Hier hat die Rechtsprechung den Weg zu gehen, den sie inzwischen gangbar gemacht hat, den Weg über Fristen, innerhalb deren die Realis-

26) Die Diskussion um diese Frage ist, solange sie allein aus dem Gesichtspunkt der Polizeiwidrigkeit geführt wird, "menschenunwürdig", da hier der Mensch bloß als Objekt betrachtet wird (BVfGE 7, 205). Vgl. Drews-Wacke, 261 ff, wo ausschließlich polizeilich argumentiert wird.

27) Vgl. Art. 106 Abs. 1 BayLVf und BayVG 15, 55, der das Recht auf Wohnung zum Programmsatz erklärt. So auch Herzog, 386.

28) BVfG NJW 72, 1564/5.

täten zu ändern sind ²⁹⁾. Wenn Redeker dem entgegenhält, es handele sich um die Übernahme von Gesetzgebungskompetenzen durch die Rechtsprechung ³⁰⁾, so irrt er. In Wahrheit sind z. B. die gegenwärtigen Rechtsverluste der Strafgefangenen rechtswidrig. Doch weil der Grundsatz: fiat iustitia pereat mundus ! unter der Herrschaft des Grundgesetzes nicht gilt, ist die Rechtsprechung gezwungen, an einer organischen Rechtsentwicklung mitzuarbeiten, indem sie - letztlich - entscheidet, daß bestimmte rechtswidrige Zustände noch nicht geltend gemacht werden können.

Im Ergebnis zwingt die Rechtsverwirklichung durch die Gerichte die "politischen" Gewalten zu einem bestimmten Tun, selbst dann, wenn ihnen hierfür Fristen gesetzt werden. Und es werden bestimmte Aufgaben erforderlich. Das ist ein Weg, auf dem die Rechtsprechung noch einmal Einfluß nehmen kann auf sozio-ökonomische Entwicklungen, indem sie etwa über Art. 2 Abs. 1 GG finanzielle Aufwendungen für einen "angstlindernden", resozialisierenden Strafvollzug, über Art. 7 Abs. 1 GG finanzielle Aufwendungen für ein sozialisierendes Schulsystem, über Art. 12 Abs. 1 GG finanzielle Aufwendungen für die Realisierung eines Rechtsanspruchs auf Zutritt zur Ausbildungsstätte und über Art. 13 Abs. 1 GG finanzielle Aufwendungen für die Realisierung eines Rechtsanspruchs auf Wohnung notwendig macht. Der Einfluß hat über die Knappheit der den öffentlichen Händen zur Verfügung stehenden Gelder eine strukturpolitische Funktion. An die bereits herausgearbeitete Bedeutung einer Strukturpolitik für die Zukunft menschenwürdiger Verhältnisse ist in diesem Zusammenhang noch einmal zu erinnern. Dadurch erhält eine Theorie grundrechtlicher Leistungsansprüche eine besondere Dimension.

Sie konnte hier nur angedeutet, ihr "Umriß" aufgezeigt werden. Sie für jeden einzelnen Grundrechtsartikel zu entwickeln ³¹⁾, insbesondere Kriterien zur Abgrenzung von

29) BVfGE 21, 173; BVfG NJW 72, 573; BVfG NJW 72, 1565; OVG Münster DVBl. 70, 294, OVG Koblenz, Urteil v. 28.5.1972 - Az. 2 A 20/72 -. Vgl. auch Rauschning, 48.
30) Redeker, Legitimation, 409 ff.
31) Wie es Heymann-Stein für Art. 7 Abs. 1 GG getan haben.

Verfassungsrecht und Rechtspolitik, "beliebigen politischen Forderungen", zu entwickeln, wird die Aufgabe von Einzeldarstellungen sein ³²⁾.

Es bleibt demnach festzustellen, daß die Rechtsprechung des BVfG bereits jetzt eine systematische Darstellung grundrechtlicher Leistungsansprüche zuläßt und daß einem solchen Unterfangen im Grunde allein die unterentwickelte Gestalt, die Konturenlosigkeit, des Art. 1 Abs. 1 GG entgegensteht, ein Faktum, das anderenorts mehrfach konstatiert wurde. Eine Abhilfe insoweit entsprechend den in dieser Arbeit entwickelten Vorstellungen würde auch ein Argument widerlegen, das in der Diskussion um "soziale Grundrechte" oftmals vorgetragen wird ³³⁾ und dahin geht, daß die Anerkennung sozialer Grundrechte die Relativierung der Freiheitsrechte bedeuten würde. Dem kann deshalb nicht zugestimmt werden, weil es von der abzulehnenden Vorstellung ausgeht, die Grundrechte seien "endlos", wobei etwa verkannt wird, daß die Wohnung, die jemand bewohnt, grundrechtlichen Schutz über Art. 13 GG und Art. 14 Abs. 1 GG genießt, während eine Wohnung, die jemand vermietet, für ihn eine vermögenswerte Position darstellt, die nur über Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist und wegen der Sozialbin-

32) Es dürfte ohne weiteres erkennbar sein, daß die ange-deuteten Ergebnisse andere sind, als sie mit Hilfe des Art. 3 Abs. 1 GG möglich sind. Vgl. etwa BVfGE 8, 37; 14, 311 f. Das gilt jedenfalls, solange der Gleichheitssatz "endlos" gesehen und deshalb als Willkürverbot interpretiert wird.

33) Vgl. Tomandl, 45; Schneider, In dubio pro libertate, 280, der einen Bezug zum Subsidiaritätsprinzip herstellt, das nur die Faktizität beschreibt: Das BSHG ist nur Ausdruck der Knappheit der zur Verfügung stehenden Ressourcen. Schneider, Die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, 101, anerkennt jedoch, daß eine "Rangdifferenz" zwischen dem status negativus und dem status positivus nicht besteht. Das entspricht der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung.

derung in der Staatsrichtung kaum Schutz genießt³⁴⁾. Folglich kann ein Recht auf Wohnung hier garnicht freiheitsverkürzend wirken, solange der Eigentümer (im bürgerlich-rechtlichen Sinne) ein Entgelt für die Nutzung seiner Wohnung durch andere bezieht. Eine Freiheit hinsichtlich der Auswahl der Mieter besteht als grundrechtliche Position aus Art. 14 I GG nicht, wenn das "Eigentum" von Art. 1 Abs. 1 GG her verstanden wird. Es ist folglich allein die - von Art. 1 Abs. 1 GG her gesehene - Überdehnung des Freiheitsbegriffes, die das hier abgelehnte Argument vordergründig plausibel macht. Damit ist im übrigen nichts Revolutionäres gesagt, denn effektiven Schutz, um es noch einmal zu betonen, gewährt Art. 14 GG auch heute nicht in weiterem Umfang, als es nach der hier vertretenen Ansicht der Fall wäre. Das wird durch die These von der prinzipiellen Endlosigkeit auch des Schutzbereiches des Art. 14 GG nur verschleiért. Der Unterschied besteht im Ergebnis nur darin, daß eine Klage nicht, wie das üblich ist, nach einer Güterabwägung als unbegründet, sondern nach einer In-Beziehung-Setzung der geltendgemachten Eigentümer-Position zu Art. 1 Abs. 1 GG als unzulässig abgewiesen würde. Der Vorteil dieser Methode liegt auf der Hand. Sie würde dazu zwingen, den "harten Kern" des Grundgesetzes, der den aus dem sozialen Bereich aufsteigenden Normgehalten gemäß Art. 1 Abs. 1 GG³⁵⁾ zu widerstehen berufen ist, herauszuarbeiten. Dadurch würde es den Kräften des poli-

34) Rupp, Grundfragen, 237, unter Berufung auf Weber. Der Inhalt des Eigentumsbegriffes in der Staatsrichtung, von dem Rupp meint, daß er noch zu entwickeln sei, beschränkt sich wohl auf Art. 14 Abs. 3 GG, wenn man von den "Gegenständen" absieht, deren jemand zur - eng verstandenen - Entfaltung seiner Persönlichkeit bedarf. So wohl auch Rupp, Grundfragen, 243, Fußnote 436.

35) Die Notwendigkeit, den "harten Kern" von Freiheit und Gleichheit zu entwickeln, anerkennt Schneider, in: Die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, 96.

tischen Lebens schwergemacht, Ideologien aufzubauen. Und zugleich würde die Chance eröffnet, die als lebenswichtig erkannte Strukturpolitik anzugehen. So könnte die Rechtsprechung in einem ganz unmittelbaren Sinn die Forderung Scheuners erfüllen, "die Wirkung der Grundrechte im sozialen Leben im Auge (zu) behalten" ³⁶⁾.

Schluß:

Die Untersuchung ist an nahezu allen Brennpunkten der Verfassungsrechtsprechung zu dem Ergebnis gekommen, daß die Zurückhaltung des BVfG in Bezug auf die materialen Gehalte des Art. 1 Abs. 1 GG dem je "politisch Neuen" den Weg ebnet ³⁷⁾. Dieses aber war, wie die Ausführungen zum ökonomischen System der Bundesrepublik Deutschland gezeigt haben, entscheidend bestimmt durch ein technokratisch begriffenes Wachstumsdenken oder, wie Zeidler formuliert, durch einen "Wachstumsfetischismus" ³⁸⁾.

Damit scheint das BVfG eine Annahme zu bestätigen, die die Untersuchungen von Rütters nahegelegt haben, daß nämlich von der Rechtsprechung des BVfG Mitwirkung bei der Entscheidung für die eine oder die andere Alternative, die der Ausgangsüberlegung dieser Arbeit vorangestellt wurde, nicht zu erwarten ist.

Doch mußte ebenso festgestellt werden, daß in der Rechtsprechung des BVfG einige Aussagen auffindbar sind, die Ausgangspunkt einer solchen Mitwirkung sein könnten. Nur wäre es erforderlich, sie systematisch von Art. 1 Abs. 1 GG her zu entwickeln.

36) Scheuner, Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, 405. Vgl. in diesem Zusammenhang noch einmal Krüger, Allgemeine Staatslehre, 534; Rupp, Umweltschutz, 402; Stein, 250/1.

37) Auf diese Gefahr für Art. 1 Abs. 1 GG macht Schneider, Die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, 83 ff), aufmerksam.

38) Zeidler, 440.

Das wiederum scheint nur dann möglich zu sein, wenn das BVfG sein axiomatisches Freiheitsverständnis aufgibt, um sich den Problemen des realen Menschen in einer realen Umwelt zuzuwenden³⁹⁾. Das Gericht müßte aufhören, ohne Rücksicht auf die Existenz wissenschaftlicher Disziplinen wie Soziologie und Psychologie, Anthropologie und Nationalökonomie das Wesen des Menschen durch tradierte Formeln bestimmen zu wollen, die jedenfalls eines nicht vermocht haben: die Entstehung einer Konsumkultur zu verhindern.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß Impulse, die in Richtung auf die Alternative: Humanität drängen, sich im politischen Raum entwickeln. Die Sensibilität gegenüber der Zerstörung der menschlichen Umwelt deutet darauf hin. Nur: Wenn das BVfG diesen Prozeß mitbeeinflussen will, kommt es nicht umhin, sich des Menschen in seiner Konkretheit anzunehmen und seine Entscheidungen auf ihn hin anzulegen.

Hierauf hinzuweisen, war der Zweck der vorliegenden Arbeit.

39) Es ist mit Schneider, die Menschenrechte in staatlicher Ordnung, 89, Art. 1 Abs. 1 GG nicht als "theoretisch gewisse Wesensaussage", sondern als "Postulat" zu begreifen. Es wäre wünschenswert und ist für das BVerfG nahezu unausweichlich, daß das Gericht in der vor ihm liegenden Entscheidung über die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Fristenlösung zu § 218 StGB einen ersten klärenden Akzent setzt.

L e b e n s l a u f

Am 13. Oktober 1941 wurde ich als Sohn des Zahnarztes Dr. Erich Baumüller und seiner Ehefrau Luzi, geb. Giedat, in Danzig geboren. Von 1948 bis 1952 war ich Schüler der Goethe-Schule in Goslar, von 1952 bis 1961 Schüler des dortigen Ratsgymnasiums, humanistischer Zweig. Im März 1961 bestand ich das Abitur.

Von April 1961 bis Juni 1962 leistete ich meinen Wehrdienst.

Im Wintersemester 1962/63 nahm ich an der Universität Freiburg/Breisgau das Studium der Volkswirtschaft auf. Im Sommersemester 1963 wechselte ich zum Studium der Jurisprudenz über, das ich bis Sommersemester 1967 in Mainz fortsetzte. Im November 1967 bestand ich das Erste juristische Staatsexamen.

Im Januar 1968 begann ich den Referendarsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Koblenz und legte die Zweite juristische Staatsprüfung im Januar 1972 vor dem Landesprüfungsamt für Juristen in Mainz ab.

Seit Februar 1972 bin ich als Richter in der Verwaltungsgewichtsbarkeit des Landes Rheinland-Pfalz tätig.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich im Februar 1974.



